مدخل
لدراسة تاريخ الفقه الإسلامى

د. محمد أحمد سراج

١٩٩٥



بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

موضوع هذا الكتاب هو الفقه الإسلامى من حيث مفهومه وتطوره• والهدف منه هو تقديم تصور عام لتاريخ هذا الفقه يفيد الطالب المبتدئ فى الإلمام بالمراحل التطورية التى مر بها هذا الفقه، ويعين غير المبتدئ على تقدير مختلف العوامل التى أسهمت فى نسج هذا التطور، وفى تحديد الصياغات الفقهية •

إن أحد أهداف هذه الدراسة هو تحديد مفهوم Concept الفقه الإسلامى، من حيث كونه علماً تشريعياً طبيعة خاصة يتميز بها عن غيره، سواء فى المنهج أو فى الصياغة، وأساليب الاستجابة للمصالح الاجتماعية•

ومطمح هذه الدراسة فى المقام الأول، هو العمل على تقديم تاريخ عام للتشريع الإسلامى لاستعراض ملامح تطور هذا التشريع فى الماضى والحاضر، بما يعين على تحديد قسمات هذا التطور فى المستقبل كذلك• ويجب الإقرار بأن علم تاريخ التشريع الإسلامى لم يظهر إلاّ فى العصر الحديث، ولم يظفر هذا العلم إلى الآن بوضوح خطط دراسته والأهداف المرجوة من العكوف على مباحثه•

إن سرد مراحل التطور التى مر بها الفقه الإسلامى ليس بقصد التسلية أو تزجية الفراغ، وإنما يجب أن يؤدى الإمساك بحلقات هذا التطور إلى إدراك أفضل وأدق للواقع التشريعى الراهن، ليس فى وضعه الحاضر فحسب، بل وفى مسيرته نحو المستقبل كذلك• وقد يسهم التأريخ للفقه الإسلامى على هذا النحو فى إقامة نوع من الربط بين

كثير من أحكام القوانين المطبقة فى البلاد الإسلامية فى العصر الحاضر، وبين اجتهادات الفقهاء المسلمين، وذلك بافتراض أن الذين قاموا بصياغة هذه القوانين كانوا متأثرين بالتفكير الفقهى الإسلامى، والأدلة على هذا التأثير عديدة متنوعة. منها على سبيل المثال: الإشارة إلى الإلمام الواسع بالتراث الفقهى لعدد من الشخصيات التى اشتركت فى هذه الصياغة كعبد الرازق السنهورى، وحشمت أبو ستيت، ومصطفى الزرقا. وتشهد اللغة القانونية المستخدمة فى المحاكم فى الترافع والأحكام باستمرار استخدام المصطلحات الفقهية. ويؤكد هذا كله الدور الذى يجب أن يلعبه علم تاريخ التشريع الإسلامى فى ربط التفكير القانونى الحديث بأصوله الفقهية مما عساه أن يضعنا مرة أخرى على أبواب النهضة التشريعية التى لا غنى عنها لإذكاء التقدم.

ولا يخدم هذا الربط قضية الوعى بالفقه الإسلامى ومسيرته التليدة فحسب، بل يؤدى كذلك إلى إثراء التفكير القانونى الحالى بتوسيع المجال الحيوى لذاكرة هذا التفكير مع ردّ عناصره إلى المبادئ الأولى التى جاء بها الوحى، والتى تشكل عقيدة هذه الأمة وأساس أخلاقها.

وفى تقديرى أن علم تاريخ التشريع الإسلامى لا تنحصر مباحثه فى ملاحقة نمو هذا التشريع، وإنما يجب أن يشمل كذلك علاقته بغيره من الأنظمة القانونية الأخرى التى كانت على اتصال مستمر به.

لكن تصمت الدراسات العديدة المتاحة التى اتخذت تاريخ التشريع الإسلامى موضوعاً لها عن علاقة هذا التشريع بغيره من النظم القانونية الأخرى التى كانت على اتصال به، بحيث تغفل هذه الدراسات أية إشارة لما يمكن أن نسميه بالنمو الخارجى للتفكير الفقهى الإسلامى. وتصمت هذه الدرسات كذلك عن صيغ تطبيق الفقه الإسلامى فى الوقت الحاضر على الرغم من أهمية هذه الصيغ فى التعرف على احتمالات المستقبل وتجارب الماضى.

لقد صدر فى البلاد الإسلامية فى العصر الحديث كثير من القوانين المدنية والتجارية والجنائية والدستورية التى استوحت مبادئ الشريعة الإسلامية وتفسيرات الفقهاء المسلمين لهذه المبادئ، وتخيرت من هذه المذاهب ما يعين على تحقيق المصالح الاجتماعية، ويناسب تطور البيئات. من ذلك على سبيل المثال القوانين التى صدرت مؤخراً فى الباكستان وإيران والسودان، كما أن منها هذه القوانين المدنية المعمول بها فى الأردن والعراق والإمارات العربية. ومع هذا فإن المؤلفات المعروفة فى تاريخ التشريع الإسلامى لا تشير إلى هذه القوانين إلاَّ على نحو عابر لا عمق فيه، ولا قصد من ورائه إلى استجلاء المنهج وسبر الغور. وفى إيجاز فإن هذه الدراسات التاريخية للتشريع الإسلامى تصمت تماما عن ملاحقة التطور التشريعى فى هذا القرن. ألا يستحق هذا الصمت الالتفات والتأمل ؟.

وفى هذا الصمت ما يغرى على الاعتقاد بأن الدراسات التاريخية للتشريع الإسلامى تصدر عن فهم مؤداه أن هذا التشريع قد توقف وجوده فى هذا القرن، أو أنها تسوغ مثل هذا الفهم فى أقل ما يمكن أن يقال.

ولا يصح مثل هذا الفهم من الناحية الواقعية ، فضلاً عن تناقضه مع مطامح الشعوب الإسلامية فى تطبيق قوانين مستمدة من شريعتها. وأهم من هذا كله أن هذا الفهم يتجاهل الجهود المبذولة باتساع العالم الإسلامى فى الوقت الحاضر لتطبيق التشريع الإسلامى، وهى جهود لا يستطيع أى مؤرخ جاد لهذا التشريع أن يتجاهلها دون أن يؤثر هذا التجاهل على قيمة الصورة التى يقدمها عن تاريخ هذا التشريع .

لقد بُذلت جهود كثيرة وموفقة أحياناً فى استجلاء بعض جوانب تاريخ التشريع الإسلامى، غير أنه لم يعن على الإطلاق برسم الملامح العامة للمنهج الذى تقوم عليه هذه الجهود. ونتيجة ذلك الإهمال الوقوع فى التأثر بمناهج الدراسة فى تاريخ الأدب. ولا يجد

الباحث المدقق عناء فى اكتشاف تأثر كثير من الدراسات التاريخية فى التشريع الإسلامى بهذا المنهج العتيق الذى ساد فى دراسات تاريخ الأدب العربى فى معظم سنوات هذا القرن• ولتوضيح ذلك فإن المطالع لدراسة عن فقه أبى حنيفة ـ على سبيل المثال ـ يجد أنها لاتختلف كثيراً عن دراسة أحد الشعراء من حيث المنهج والعناية بالأحوال السياسية والاجتماعية والثقافية بحكم أن الإنسان ابن بيئته• ورغم صدق هذه المقولة فلا يجرى التأكد من جدوى استلهامها فى الدراسة التاريخية للتشريع الإسلامى بأى وجه من أوجه اليقين• ويجدر لهذا أن يتجه مؤرخو التشريع الإسلامى إلى تحديد مناهجهم واختبار جدواها بما يميزها عن غيرها من المناهج المستخدمة فى العلوم الأخرى• وآمل أن تفتح الإشارات المتعلقة بقضية المنهج فى هذه الدراسة الباب للاهتمام بهذه القضية• ولا شك فى مسيس حاجة مؤرخ التشريع الإسلامى إلى منهج يضبط تفكيره حتى يستكمل أدواته ويقدم صورة لهذا التشريع أكثر تماسكاً وأقرب إلى الواقع•

والافتراضات التى عنيت هذه الدراسة بإثباتها هى : أن الفقه الإسلامى بدأ عقب وفاة النبى ﷺ نتيجة الجهود التى قام بها القضاة أول الأمر، والعلماء فى تطبيق أحكام الشريعة وضبط العلاقات الاجتماعية• واستمر هذا الفقه فى ضبط هذه العلاقات فى المجتمعات الإسلامية حتي أواخر القرن التاسع عشر• ولم يتخلف هذا الفقه عن أداء واجبه حتي أقصى عن التطبيق فى ظروف الاحتلال الغربى للبلاد الإسلامية •

وسيتضح من هذه الدراسة أمران على قدر كبير من الأهمية•

أولهما: أن الفقه الإسلامى فى مسيرته الطويلة قد وفق ـ بفضل استناده لنصوص الوحى ـ إلى صياغة مبادئ ونظريات تشريعية كانت ذا أثر كبير فى ترقية التفكير القانونى الإنسانى• يشهد لهذا انتقال عدد من مصطلحاته العربية إلى اللغة اللاتينية، ودوران هذه المصطلحات على

ألسنة المتخصصين الغربيين فى العصور الوسطى٠

وثانيهما: أن البلاد الإسلامية بعد حصولها على استقلالها السياسى فى النصف الثانى من هذا القرن قد أخذت تسعى إلى استعادة نهضتها التشريعية والقانونية، وتؤكد استقلالها التشريعى٠ وقد دان النجاح لكثير من البلاد الإسلامية فى هذا المسعى من حيث تحديد الأهداف والخطط، بل وإصدار القوانين المستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية٠

ويجب أن يتأكد من هذا كله أن أهمية دراسة تاريخ التشريع الإسلامى لا ترجع إلى ضرورتها فى الوعى بمراحل نمو هذا التشريع فى الماضى فحسب، وإنما ترجع هذه الأهمية كذلك إلى شدة الحاجة لهذه الدراسة فى تشكيل ملامح النهضة التشريعية المنشودة وتحديد خطوات تحقيق هذه النهضة٠ ولا ينبغى لهذا أن ينحصر عمل المؤرخ فى الماضى، وإنما عليه أن يقودنا عمله إلى إرهاف الوعى بالحاضر، وزيادة فهمه، ومعرفة العوامل التى شكلته، واتخاذ موقف نقدى منه٠ ويؤدى فهم الحاضر على هذا النحو إلى إقدارنا على التعرف على المستقبل والتدخل لصياغته على النحو الذى يحقق المصالح الاجتماعية، ويضمن الاستجابة لها٠ وتكمن صعوبة عمل مؤرخ التشريع فى أن عليه، وعينه على الماضى، أن يمتد بصره إلى الحاضر والمستقبل كذلك٠

لقد كان عدم الوعى بوظيفة مؤرخ التشريع الإسلامى، وتحديد دوره سبباً فى شيوع كثير من الأخطاء الفادحة حول نشأة الفقه الإسلامى وتطوره الحاضر ومستقبله وعلاقته بغيره من النظم القانونية ٠ وأحسب أن على مؤرخ التشريع الإسلامى أن يعيد اختبار أدواته التحليلية بما يمكنه من أداء دوره المطلوب الآن فى سبيل تحقيق النهضة التشريعية اللازمة لإذكاء التقدم ٠

❋ ❋ ❋

الفصل الأول

مفهوم الشريعة والفقه الإسلامي

أولاً - الشريعة

الشريعة والشرعة كما جاء فى لسان العرب مورد الماء الذى يعده الناس لسقى دوابهم، وذلك إذا كان ماء هذا المورد غير منقطع وظاهراً لا يحتاج إلى جهد فى استخراجه، ولا إلى تعب فى نيله. وفى هذا الإطلاق جاء قولهم شرع إبله وشرعها بمعنى أوردها شريعة الماء فشربت بنفسها ولم يستق لها.

ومن معانى الشريعة والشرعة فى اللغة العربية الطريق البين الواضح المستقيم، ولذا يفسر ابن عباس قوله تعالى : ﴿ لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا﴾ بأنه السبيل والسنة . وكذلك يفسر الأزهرى شرع بمعنى بين وأظهر، فقوله تعالى: ﴿شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا﴾ تعنى بين وأظهر.

أما فى الاصطلاح فيجب التمييز بين الاتجاهات الثلاثة التالية :

الأول : إطلاق الشريعة والشريعة مرادفين لمعنى الدين والملة. وتدل هذه الكلمة فى هذا الاتجاه على جملة القواعد والأحكام التى سنها الله تعالى لعباده وأظهرها لهم ، سواء تعلقت هذه الأحكام بالعقيدة أو بالأخلاق أو التشريع. جاء فى دستور العلماء : « الشرع

والشريعة ما أظهره الله تعالى لعباده من الدين، وحاصله الطريقة المعهودة الثابتة عن النبى ﷺ • وبهذا الإطلاق العام يستخدم الشاطبى مصطلح الشريعة فى قوله: «الشريعة تحد للمكلفين حدوداً فى أفعالهم وأقوالهم واعتقاداتهم» • وفى التوضيح أن «الشرع والشريعة ما شرع الله تعالى لعباده وبين، حاصله الطريقة المعهودة الثابتة من النبى ﷺ•

والثانى : إطلاق الشريعة فيما يرادف معنى الفقه• وقد شاع هذا المعنى لدى العوام والحكام فى عصر ابن تيميه الذى يقول : «قد يغيرت أيضاً لفظ الشريعة عند أكثر الناس، فالملوك والعامة عندهم أن الشرع والشريعة اسم لحكم الحاكم• ومعلوم أن القضاء فرع من فروع الشريعة» • وقريب من إطلاق الشريعة فى معنى أحكام القضاة شيوع هذا اللفظ عنواناً على أقسام الدراسات الفقهية فى الجامعات العربية والإسلامية؛ فكلية الشريعة وقسم الشريعة عنوان على الاختصاص بدراسة الفقه الإسلامى وعلومه •

أما الاتجاه الثالث والأخير فقد تبلور حديثاً، ويحصر هذا الاتجاه مدلول الشريعة فى الأصول الثابتة الخالدة التى جاء بها الوحى قرآنا أو سنة• ومفاد هذا الاتجاه أن لفظ الشريعة يطلق على مجموعة القواعد الكلية الثابتة فى القرآن والسنة، والمتعلقة بأحكام السلوك الإنسانى والعلاقات الاجتماعية• ويشترك هذا الإطلاق الأخير لمصطلح الشريعة مع الإطلاق الأول فى اختصاص هذا المصطلح بما جاء به الوحى فى القرآن والسنة من قواعد، ويختلفان فى أن الأول عام يشمل مجالات العقائد والأخلاق والسياسات والولايات والأمور العملية والعبادات ، على حين أن الاتجاه الأخير يستبعد إطلاق الشريعة فى مجال العقيدة والأخلاق التى انفصلت بتطور العلوم عن مجال الفقه والأمور العملية•

السمات العامة للشريعة :

سواء أفهمنا الشريعة بمعناها العام الواسع الذى يشمل ما جاء به الوحى فى القرآن والسنة من قواعد تتعلق بالاعتقاد أو بالأخلاق أو

التشريع، أم فهمناها بمعناها الخاص الذى يحصرها فى مجال التشريعات العملية، من القواعد التى جاء بها الوحى كذلك، فإننا ينبغى أن ندرك تميز قواعد الشريعة فى هذا الإطلاق بالسمات التالية :

أ ـ الثبات وعدم التغير :

القواعد التى وردت فى نصوص القرآن والسنة لا تتغير ولا تتبدل، وتمثل الجانب الثابت فى ضبط العلاقات الاجتماعية والسلوك الإنسانى• مثال ذلك قاعدة شخصية المسئولية، وأن الإنسان لايؤاخذ بذنب غيره على النحو الذى ورد التعبير عنه فى القرآن والسنة فى مثل قوله تعالى : ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾• ومن هذه القواعد الثابتة التى لا يلحقها التغيير إيجاب العدل والمساواة بين الناس وإقامة مسئولية كل امرئ عن عمله مما ورد التعبير عنه فى القرآن والسنة كذلك• ومن جنس ذلك أيضاً قاعدة مسئولية المتسبب فى الإضرار بالغير وإيجاب تعويض المتضرر مما هو مستفاد من قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»• ويدخل فى نطاق الشريعة كذلك القواعد الثابتة بنصوص القرآن والسنة النبوية والقاضية بتخفيف المسئولية الجنائية أو رفعها عن المخطئ والناسى والمكره والصبى والمجنون •

إن الشريعة بهذا هى التعبير الثابت عن شخصية الأمة الإسلامية ومناهجها فى الضبط الاجتماعى، وعن الحقائق والمفاهيم التى يجب على المسلم التسليم بها فى إقامة علاقاته الاجتماعية• إنها الروح التى تكسب الجسم حياته وذاته الواحدة رغم ما يمر به هذا الجسم من تغير وما يعتريه من طوارئ وعلل وما يجتمع له من تجارب وخبرات •

ب ـ الإحاطة والشمول :

على الرغم من قلة النصوص التشريعية المتضمنة فى القرآن الكريم والسنة النبوية من حيث العدد، فقد تكلفت هذه النصوص ببيان القواعد الأساسية اللازمة لبناء أى مجتمع متحضر ينشد التقدم والرقى• لقد

صيغت هذه القواعد فى عبارات عامة موجزة تضبط حقوق الملكية وواجباتها، وتبين مشروعية التعاقد والأحكام المتعلقة به. وتناولت هذه القواعد كذلك علاقة الحاكم بالمحكومين فى الدولة الإسلامية، وعلاقة هذه الدولة بغيرها من الدول فى أحوال السلم والحرب. ويمكن القول دون أدنى مبالغة بأن هذه القواعد لم تغفل أياً من المجالات القانونية التى يحتاج إليها المجتمع فى ضبط علاقاته. وبهذا قدمت النصوص التشريعية التى جاء بها الوحى الإطار العام للنظام القانونى الذى أراده الشارع، وفى الوقت نفسه فإنه ترك للمجتهدين رسم دقائق هذا النظام وتفصيلاته عن طريق تفسيرهم لهذه النصوص التشريعية وتطبيق هذه القواعد فى الواقع العملى، وهو ما يفتح الباب لاختلاف النظر وتنوع التفسير والاجتهاد. وعلى سبيل التوضيح فإن الأصل القرآنى القاضى بوجوب الوفاء بالعقود قد طرح على المجتهد كيفية تحقيق الالتزام بهذا الوجوب. وقد مال الفقهاء إلى الاعتماد على أسلوب التنفيذ الجبرى وإكراه المدين على هذا الوفاء بحبسه إن كان ظالماً فى مطله وتأخيره ،على حين يحظى أسلوب التعويض عن الضرر الناشئ عن المماطلة والتأخير فى الوفاء بما أوجبه العقد بمكانة أقل أهمية فى التفكير الفقهى. ولعل سبب عدم اعتماد الفقهاء على أسلرب التعويض عن الأضرار الناشئة عن عدم الوفاء بالعقد بقدر الاعتماد على أسلوب التنفيذ الجبرى إنما يرجع إلى ظروف التقاضى التى كانت تتسم باليسر والسرعة ، فضلاً عن بساطة التعاقدات والبناء الاجتماعى . أما بعد أن تغيرت هذه الظروف فى الحياة الاجتماعية الحديثة وتعقدت العلاقات التعاقدية فلا يبعد عن روح النصوص أن يعتمد على أسلوب التعويض عن الضرر فى أحوال الامتناع عن تنفيذ العقد أكثر من ذى قبل، وأن يحظى هذا الأسلوب بمكانة مكافئة فى الأقل للمكانة التى كان ينعم بها أسلوب التنفيذ الجبرى.

وقد تأكدت إحاطة القواعد الشرعية المتضمنة فى القرآن والسنة فى العصر الأول بعد وفاة النبى ﷺ ، حين قام القضاة والمفتون بالحكم فى الأمور والقضايا التى كانت تعرض لهم على الرغم من الاتساع

المفاجئ فى المجتمع الإسلامى وحدّة المشكلات وتنوعها نتيجة لهذا الاتساع. إننا يجب ألاّ نخدع لهذا بقلة النصوص التشريعية الموجودة فى القرآن والسنة من حيث العدد لننتهى من ذلك ـ فيما ذهب إليه بعض المستشرقين ـ إلى أن هذه النصوص لم تتناول بالتقنين والتشريع والتغيير سوى بعض أوجه الحياة الاجتماعية على أساس انتقائى محكوم بظروف الحياة الاجتماعية التى شهدها مجتمع المدينة فترة نزول الوحى وبالرغبة فى استبعاد بعض الممارسات والأعراف المتناقضة أشد التناقض مع ما جاء به الوحى. إن هذا الرأى الذى ردده المستشرق كولسون غير صحيح للأدلة التالية :

[١] قيام القضاة المسلمين بعد وفاة النبى ﷺ مباشرة بواجبهم فى الفصل فى أوجه النزاع التى كانت تعرض لهم وإقامتهم لأحكامهم على أساس القواعد المتضمنة فى القرآن والسنة، ولم ينقل لنا التاريخ اعتذار أى من هؤلاء القضاة عن الفصل فى قضية من القضايا بعدم وجود قاعدة شرعية تحكم النزاع.

[٢] إقامة التفكير الفقهى فى مسيرته الطويلة والمتنوعة على أساس من هذه القواعد الشرعية المتضمنة فى القرآن والسنة. وعلى الرغم من تسليم الفقهاء منذ أول الأمر بتناهى النصوص وعدم تناهى الوقائع والنوازل التى تحدث فى المجتمعات الإنسانية، فإن هؤلاء الفقهاء لم يتوقفوا عن القيام بواجبهم فى الحكم على هذه الوقائع والنوازل بالرجوع إلى هذه النصوص، وهو ما يبدو جلياً بمطالعة تفكيرهم الذى تعكسه مؤلفاتهم.

[٣] تقوم النظرية الأصولية التى صاغها الفقهاء المسلمون منذ بداية التطور الفقهى على أساس التسليم بإحاطة القواعد التشريعية لما يطرأ فى المجتمعات والعلاقات الإنسانية من أحداث ووقائع. ذلك أن هذه النظرية قائمة على التفريق بين نوعين من أدلة الأحكام الشرعية. أولهما: نصى، وهو القرآن والسنة ؛ والآخر : غير نصى مما يشمل

الإجماع والقياس والمصلحة والعرف والاستحسان، وكل هذا راجع إلى النوع الأول، فثبت افتراض إحاطة النصوص التشريعية المتضمنة فى القرآن الكريم والسنة النبوية بالوقائع والنوازل والمشكلات التى تتنوع بتنوع الظروف الاجتماعية والإنسانية ٠

[٤] لفت القرآن الكريم نفسه النظر إلى حقيقة هذه الإحاطة، حيث نقرأ فيه : ﴿اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا﴾، وقوله : ﴿ ما فرطنا فى الكتاب من شئ ﴾٠ وتعنى هذه النصوص بمنطوقها أن نصوص القرآن الكريم التى فسرتها السنة النبوية وأوضحت ما فيها من إجمال قد اشتملت على كل ما هو ضرورى ليقيم المسلم حياته وعلاقته الاجتماعية على أساس ما جاءت به هذه النصوص من قواعد وأحكام٠ وقد أكدت السنة النبوية هذا المعنى ونبهت إليه٠ ومن ذلك قوله ﷺ : «تركت فيكم ما إن تمسكتم به لن تضلوا بعدى أبداً كتاب الله وسنة رسوله» ٠ وقد أوجب القرآن الكريم الرد إلى الله ورسوله عند التنازع والاختلاف فى قضية من القضايا، وهو ما يفيد كفاية القواعد المردود إليها والمتضمنة بالقرآن والسنة فى إدراك الحكم الشرعى ٠

[٥] اعترف الأصوليون المسلمون بهذه الإحاطة واعتبروها حجر الزاوية فى بناء نظريتهم الأصولية ٠ ولذا يصدر الشافعى مؤسس علم الأصول كتابه (الرسالة) بتأكيد هذه الإحاطة ، حيث يقول : « فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلاّ وفى كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها» ٠ ويعود الشافعى إلى تأكيد هذه النظرية فى مكان آخر من رسالته بقوله: «كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم وعلى سبيل الحق فيه دلالة موجودة٠ ويعنى ذلك أن نصوص القرآن التشريعية وتفسيرها من السنة قد اشتملت على القواعد اللازمة لإقامة المسلم حياته وعلاقاته الاجتماعية، وأن كل ما يحتاج إليه الناس من أحكام وتشريعات لضبط حياتهم الاجتماعية سوف يجدونه فى هذه

النصوص وتفسيراتها سواء بالنص على هذه التشريعات أو بالإشارة إلى ما يبين هذه الأحكام.

وقد تكفل ابن تيمية بدوره بشرح نظرية إحاطة النصوص المتضمنة فى القرآن الكريم والسنة النبوية لما يحتاج إليه الفرد والمجتمع من أحكام وتشريعات، وذلك فى رسالة بعنوان (معارج الوصول) المنشورة فى الجزء التاسع عشر من مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ، ومجمل ما ذكره ابن تيمية فى هذه الرسالة فيما يلى :

١- تكفلت النصوص ببيان جميع الدين : أصولاً وفروعاً، عقيدةً وعملاً، ويؤكد ابن تيمية أن هذا المبدأ هو : «أصل أصول العلم والدين، حتي إنه ليعد معياراً للحكم على المذاهب والآراء لمعرفة مدى الحجية والرسوخ فى العلم والعمل» . وعبارته أن : «كل من كان أعظم اعتصاماً بهذا الأصل كان أولى بالحق علماً وعملاً» .

٢- بينت النصوص كذلك مبادئ الفقه وقواعده ومناهج إلحاق غير المنصوص على حكمه بما هو منصوص عليه. ويفند ابن تيمية موقف القائلين بإغفال النصوص الحكم على بعض النظم الفقهية الأساسية كالمضاربة. معتقداً أن السبب فى ذهابهم إلى هذا هو عدم وعيهم بوجود بعض النصوص أو عدم فهمهم لمعانيها الشاملة. وبخصوص مثال المضاربة فإن هذا النظام كان معروفاً عند العرب قبل الإسلام، ويتضمن إقرار النبى ﷺ للتعامل به الأصل التشريعى لجوازه.

وقد أكد ابن القيم أصل إحاطة القواعد التشريعية التى جاء بها الوحى للأحكام العملية، وربط بين عموم قدرة الله عز وجل وخلقه للكون بما فيه ومن فيه وعلمه بما يحدث فى ملكه من وقائع ونوازل وبين شمول تشريعاته لكل ما يطرأ من مشكلات تعرض للناس فى حياتهم، وعبارة ابن القيم فى ذلك: بين الله سبحانه على لسان رسوله جميع ما أمر به وجميع ما نهى عنه وجميع ما أحله وجميع ما حرمه وجميع ما عفا عنه، وبهذا يكون دينه كاملاً، كما قال الله تعالى :

﴿اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى﴾. ولكن قد يقصر فهم أكثر الناس عن فهم ما دلت عليه النصوص وعن وجه الدلالة وموقعها. وتفاوت الأمة فى مراتب الفهم عن الله ورسوله لا يحصيه إلا الله. ويجب الالتفات فى تقدير ابن القيم لهذا الأصل إلى المعانى التالى :

[١] اشتمال النصوص الشرعية على جميع القواعد اللازمة لمعرفة الأحكام الشرعية، وهذا هو معنى إتمام الدين وإكماله فيما عبر به القرآن الكريم فى آية المائدة : ﴿ اليوم أكملت لكم دينكم .﴾.

[٢] قد يغيب هذا الشمول وتلك الإحاطة عن أذهان بعض الناس لقصور فى فهمهم لنصوص الشريعة ومعانيها.

[٣] يؤكد ابن القيم أهمية هذا الأصل ببيانه أن الفصول التى خصصها لتوضيحه وإثباته فى كتابه إعلام الموقعين هى أهم فصول هذا الكتاب، وذلك لأن هذه الفصول توضح للعالم المنصف مقدار الشريعة وهيمنتها وسعتها وفضلها وشرفها على جميع الشرائع، وأن رسول الله ﷺ كما هو عام الرسالة إلى كل مكلف فرسالته عامة فى كل شئ من الدين، أصوله وفروعه ودقيقة وجليله، فكما لا يخرج أحد عن رسالته فكذلك لا يخرج حكم تحتاج إليه الأمة عنها وعن بيانه لها .

ولا تعنى إحاطة النصوص بأحكام الوقائع والعلاقات الاجتماعية الاستغناء بالنصوص عن الاجتهاد، أو أن أحكام التفصيلات والفروع الجزئية مما هو منصوص على أحكامها على سبيل الاستقصاء إذ يشهد الواقع أن النصوص الشرعية لم تعن بالجزئيات، ولم تستقص أحكام الفروع العملية، وإنما أتت بأحكام هذه الجزئيات والفروع عن طريق التنبيه إلى قواعدها العامة ومبادئها الكلية، وهذا هو معنى إحاطة النصوص بالوقائع والنوازل وأحكام العلاقات الاجتماعية. وعلى سبيل المثال فإن من القواعد والمبادئ التى عبرت عنها النصوص وأكدتها وجوب العدل والشورى والمساواة ورفع الحرج والتيسير على الناس وقاعدة الضرورة

ورعاية المصالح ورفع الضرر وإلزام المعتدى بتحمله مسئولية التعويض عن الضرر والوفاء بالعقود واحترام الملكيات الخاصة والعامة ومشروعية الاجتهاد ووجوب طاعة الله ورسوله، وإقامة علاقة الدولة الإسلامية بغيرها على أساس السلم وبناء علاقة المسلم بغير المسلم على أساس العدل والبر، ولا يخفى أثر مثل هذه القواعد فى تكوين التفكير الفقهى وتطور هذا التفكير٠

جـ ـ تحقيق الشريعة للمصالح :

قامت القواعد الشرعية المتضمنة فى القرآن الكريم والسنة النبوية على رعاية مصالح الناس فى الدنيا والآخرة، وإنما ذلك لاشتمال هذه القواعد على إيجاب التمسك بالقيم الرفيعة كالعدل و المساواة والشورى ومسئولية الإنسان عن فعله ورفع الضرر والحرج واحترام حقوق الإنسان فى نفسه وشرفه وملكه ٠ويلخص ابن القيم هذا المعنى بقوله : «حيثما كانت المصلحة فثم شرع الله» ٠

ويقول الشاطبى فى تأكيد هذا المعنى : « والمعتمد إنما هو أنا استقرينا من الشريعة أنها وضعت لمصالح العباد» ٠ وقد ترتب على إدراك هذا الأصل من جانب الفقهاء والأصوليين نتائج ذات أثر بالغ فى تشكل ملامح النظام التشريعى الإسلامى من بينها ٠

[١] الاعتراف بالمصالح المعتبرة فى النصوص الشرعية أصلاً لبناء الأحكام الشرعية واستنباطها٠ ولا يخطئ الناظر إلى مسالك فقهاء الصحابة فى الاستنباط والاجتهاد أهمية الدور الذى قامت به المصلحة فى تسديد اجتهاداتهم وتوافقها مع مقاصد هذه الشريعة٠ وعلى سبيل المثال فإن زيد بن ثابت يروى كما جاء فى صحيح البخارى أن أبا بكر أرسل إليه عقب موقعة .. اليمامة التى كثر فيها القتلى من قراء القرآن وحفظته، ولما ذهب إليه زيد وجد عمر بن الخطاب عنده ٠ فقال أبو بكر لزيد : «إن عمر أتانى فقال إن القتل قد استحر (أى كثر) يوم اليمامة بقراء القرآن، وإنى أخشى أن يستحر القتل بالقراء بالمواطن

(بالمعارك) فيذهب كثير من القرآن ، وإنى أرى أن تأمر بجمع القرآن . قلت (أبو بكر) لعمر : كيف نفعل شيئا لم يفعله رسول الله ؟ قال أبو بكر : هو والله خير.

فانظر كيف عبر أبو بكر عن مصدر رأيه فى وجوب جمع القرآن بأنه خير، أى مصلحة للمسلمين ، وقد بنى تفكيره هذا على الظروف الاجتماعية والسياسة للمسلمين، حيث كانت أخطار الحرب تحيط بدولتهم الناشئة التى يتربص بها الأعداء من كل جانب فى الداخل والخارج، وتبع ذلك كثرة أعداد القتلى الذين يحفظون القرآن فى صدورهم ، فرأى وجوب الاعتماد على تدوين القرآن وكتابته وجمعه حتى يتيسر حفظه والرجوع إليه، ودليله على ذلك هو أن هذا الجمع «خير» ومصلحة . وتدل عبارات أبى بكر لزيد فيما بقى مما رواه البخارى أنه مقتنع بكفاءة زيد بن ثابت فى تحقيق هذا الخير أ و المصلحة فيما اصطلح عليه الفقهاء والأصوليون بعد ذلك .

[٢] التحديد الأصولى لعدد من الأدلة الفرعية المعتمدة لاستنباط الأحكام فى المذاهب المختلفة ، مما هو راجع إلى أصل المصلحة، وذلك كالعرف والاستحسان وسد الذرائع والمصلحة المرسلة ؛ وتوضيح ذلك أن اعتبار الأعراف فى الحكم والقضاء مرده إلى اعتبار المصالح ، فالسائق بسرعة ٩٠ كيلو متراً فى الطريق الصحراوى لو تطاير بسرعته حجر صغير وأصاب شخصاً على جانب الطريق لا يعد متعدياً ولا يضمن ما أصاب الشخص من ضرر. أما إن كان يقود سيارة بمثل هذه السرعة داخل المدينة فأثارت سيارته تراباً أو أحجاراً صغيرة أصابت شخصاً، فإن السائق يعد معتدياً ، ويجب عليه ضمان ما استضر به هذا الشخص، لاعتبار السائق معتدياً بإهماله وتسرعه. وإنما يتفرع اعتبار العرف عن أصل اعتبار المصالح كما تقدم.

[٣] صياغة عدد من القواعد الفقهية الكلية التى تضبط التفكير الفقهى وتدل عليه. من بينها قاعدة رفع الضرر وقاعدة رفع الحرج

والمشقة والأمور بمقاصدها وقاعدة الضرورة وقاعدة تقديم المصلحة العامة على الخاصة، وما إلى ذلك من قواعد متفرعة عن هذه القواعد الكلية .

والخلاصة أن الشريعة هى القواعد والمبادئ المنصوص عليها فى القرآن الكريم والسنة النبوية، وينصرف معناها العام إلى كل ما يتعلق من هذه القواعد والمبادئ بالاعتقاد والأخلاق والتشريع . أما معناها الخاص فينصرف إلى مسائل التشريع والقانون بمفهومه الذى يشمل جانب العبادات كذلك. ولعل مفهوم الشريعة فى المادة الأولى من القانون المدنى المصرى التى أوجبت إعمال مبادئ الشريعة الإسلامية إذا لم يوجد نص تشريعى ولا عرف يستهدى به القاضى فى موضوع النزاع إنما ينصرف إلى هذا المعنى الأخير الخاص الذى يتعلق بالقواعد الكلية المنصوص عليها بالوحى ويشمل مجالات العبادات والمعاملات والعقوبات والأسرة ونظام الدولة وعلاقتها بالأفراد وبغيرها فى أحوال السلم والحرب .

ثانيا - الفقه :

أما كلمة فقه فى الإطلاق العام فتدل فى اللغة العربية على معنى الفهم والفطنة والنفاذ إلى بواطن الأمور، جاء فى لسان العرب : «الفقه فى الأصل الفهم. يقال فلان أوتى فقها فى الدين ، أى فهما فيه . قال الله عز وجل : ﴿ليتفقهوا فى الدين﴾ ، أى ليكونوا علماء به .

ودعا النبى ﷺ لابن عباس فقال : اللّهم علمه الدين وفقهه فى التأويل. أى فهمه تأويله ومعناه. ويدل الفقه فى الشريعة على فهم مبادئها وقواعدها فهما نظرياً من جانب مع رد النوازل والوقائع التى تعرض للفقيه إلى هذه المبادئ والقواعد لمعرفة الحكم الشرعى من جانب آخر. وفى هذا الجانب الأخير تختلف مهمة المفسر عن مهمة الفقيه . ذلك أن واجب المفسر هو فهم النص فهماً نظرياً. أما واجب الفقيه فيشمل هذا الجانب ويتجاوزه إلى فهم الواقع والمشاكل العملية

مع تعيين القاعدة الشرعية أو المبدأ الذى يحكمها· ويتألف واجب الفقيه لهذا من وجهين· الوجه الأول نظرى، وهو معرفة النصوص والقواعد التى جاء بها الوحى· والوجه الآخر عملى، وهو فهم الواقعة المعروضة مع ردها إلى ما يضبط حكمها من هذه النصوص والقواعد· وعلى سبيل التوضيح لو أن شخصاً قبض عليه إلى جوار قتيل وضبط معه سكين عليه أثر دماء فإن على الفقيه لكى يصل إلى الحكم الشرعى الواجب فى حق هذا الشخص أن يسأل هذا الشخص عن حقيقة ما حدث منه وأن يسأل غيره ممن له صلة بهذا الحادث حتى يتعرف على حقيقة الواقعة وما حدث بالضبط · وهذا جانب من الاجتهاد العملى الذى يتعين القيام به أول الأمر للوصول إلى الحكم الشرعى· وتتجلى مهارة الفقيه فى المرحلة التى تلى ذلك، وهى مرحلة رد الواقعة إلى القاعدة التى تحكمها، فلو ثبت أن القاتل كان فى حالة دفاع شرعى عن النفس أو العرض لوجب تطبيق القاعدة الشرعية التى تحكم أحوال الدفاع عما أوجب الشرع الدفاع عنه· ولو ثبت أن القاتل كان متربصاً بالقتيل لطبقت قاعدة القصاص، أما لو ثبت أن القاتل مجنون أو صبى فإن قواعد المسئولية الجنائية ستختلف ولن يقع عليهما عقاب، وسينحصر الواجب فى حقهما فى التأديب والتعويض ·

ويشترك الفقيه مع المفتى والقاضى فى تعيين الحكم الشرعى للوقائع والمشكلات العملية باستدعاء القاعدة الشرعية الحاكمة للواقعة أو المشكلة، وإن تميز دوره عنهما باختصاصه بالنظر فى القواعد والمبادئ الكلية لتحريرها وبسط أدلتها لتأييدها أو ردها وتحديد مجال عملها وعلاقاتها النظرية بغيرها·

أما المفتى أو القاضى فينحصر عملهما فى فهم الواقعة المعروضة عليهما وردها إلى القاعدة الشرعية التى تحكمها· وعلى سبيل التوضيح : لو اشترك أحمد وسعد فى قتل أمجد، فإن على القاضى والمفتى الذى يشبه دوره دور المستشار القانونى فى هذه الحالة الحكم فى هذه

القضية بعينها. أما الفقيه فلا يقتصر عمله على النظر فى هذه الواقعة، وإنما عليه أن يجردها من ظروفها الخاصة وأن يقرر حكمها على نحو عام يجمعها وغيرها، كحكم الاشتراك فى القتل وتصنيف الاحتمالات العملية التى قد يتحقق فيها هذا الاشتراك، مع التفريق بين اتفاق المشتركين وتواطؤهم على القتل أو عدم اتفاقهم عليه. إن القاضى والمفتى يركزان على قضية معينة لمعرفة الحكم الشرعى فيها، أما الفقيه فواجبه أشمل، ويقع عليه عبء استنباط القواعد النظرية وملاحظة تطبيقاتها العملية على نحو مجرد لا ينحصر فى جزئيات بعينها.

فى الاصطلاح :

إذا اتضح فهم معنى الفقه على هذا النحو فقد يعين عليه كذلك النظر فى بعض التعريفات التى ساقها الأقدمون لكلمة فقه. من ذلك تعريف الغزالى للفقه بأنه : «عبارة عن العلم والفهم فى أصل الوضع . يقال فلان يفقه الخير والشر أى يعلمه ويفهمه، ولكن صار بعرف العلماء عبارة عن العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة كالوجوب والحظر والإباحة والندب والكراهة وكون العقد صحيحاً وفاسداً وباطلاً وكون العبادة قضاء وأداء وأمثاله .

وقد شاع تعريف الفقه بأنه : « العلم بالأحكام الشرعية الفرعية العملية من أدلتها التفصيلية . وقد ذكر ابن خلدون أن الفقه هو : « معرفة أحكام الله تعالى فى أفعال المكلفين بالوجوب والحظر والندب والكراهة والإباحة، وهى متلقاة من الكتاب والسنة وما نصبه الشارع لمعرفتها من الأدلة ، فإذا استخرجت الأحكام من تلك الأدلة قيل لها فقه » .

المعانى المستنبطة من التعريفات:

لا يتضح معنى كلمة فقه إلا بمعرفة المعانى التى أجملتها التعريفات السابقة، وذلك بالنظر إلى الأمور الثلاثة التالية :

١ ـ المجال :

مجال علم الفقه هو السلوك الإنسانى المعبر عنه فى هذه التعريفات بأفعال المكلفين الذين يتوجه إليهم الخطاب الشرعى لضبط علاقاتهم ومسئولياتهم، ويختلف ذلك عن مجال علم الكلام الذى يتعلق بقضايا الإيمان والألوهية والنبوة والبعث واليوم الآخر. ويتنوع السلوك الإنسانى الذى يضبطه الفقه إلى ما يمس علاقة الإنسان بربه، وهو قسم العبادات الذى تبدأ به كتب الفقه المطولة وإلى ما يمس علاقة الإنسان بغيره وعلاقة الدولة بمواطنيها أو بغيرها من الدول.

والمكلفون الذين يتجه إليهم الخطاب الشرعى هم عموم الناس، مسلمين وغير مسلمين، خاضعين لولاية الدولة الإسلامية أو غير خاضعين لهذه الولاية بحكم أن رسالة الإسلام رسالة عالمية تتجه إلى الناس جميعاً وتعمل على صياغة سلوكهم وفق المبادئ التى جاء بها هذا الدين. ومع ذلك فقد ثار خلاف أصولى فى تكليف غير المسلمين بالأحكام الشرعية وانقسم الفقهاء فى ذلك إلى اتجاهين .

الاتجاه الأول للقاضى بعدم تكليف غير المسلمين بفروع الشريعة، بناء على اشتراط إيمان المرء، وهو الأصل، للتكليف بالفروع، وكذلك فإن التكليف هدفه الامتثال والوفاء بالتكليفات، ولا يجزئ غير المسلم مثل هذا الامتثال. ولا يتصور تكليف غير المسلم بأداء الزكاة مع العلم بأنه إن أداها لم تجزئه. ويترتب على هذا الرأى أنه لا تجرى عليهم الأحكام الشرعية المخالفة لمعتقداتهم بمقتضى الأصل القاضى بتركهم وما يدينون. ولذا لا يجرى عليهم حد شرب الخمر لأنهم يعتقدون بحلها، ولو أتلف المسلم خمر غير المسلم أو خنزيره وجب الضمان على المسلم لكون ذلك من الأموال المتقومة فى حقهم، وهذا هو مذهب الأحناف .

أما الاتجاه الثانى القاضى بتكليف غير المسلمين بالأحكام الشرعية فهو ما أخذ به جمهور الفقهاء، ولا يرى أصحاب هذا الاتجاه

جواز فرض شئ على غير المسلم مما يخالف عقديته ودينه، ولا يجازى على هذا بشرب الخمر بعقوبة أو غرامة، ومع ذلك يرى أصحاب هذا الاتجاه مخاطبة غير المسلم بفروع الشريعة بناء على الأصل القاضى بأن لهم ما لنا وعليهم ما علينا، ومفاده أن غير المسلم يكافئ المسلم فى الحقوق والواجبات •

وتشتمل كتب الفقه ومطولاته على المجالات التالية :

أ ـ العقود والمعاملات المدنية والتجارية، وتضم أبواب البيع والربا والصرف والسلم والإجارة والقرض والوديعة والعارية والشفعة والشركة بأنواعها المختلفة والوكالة والكفالة والرهن وأحكام التعدى على أموال الغير بالغصب أو الإتلاف •

ب ـ أحكام الأسرة من زواج وطلاق ونسب ونفقة ورضاع وحضانة•

ج ـ العقوبات والجنايات التى تضم أبواب الحدود والتعزيز والقصاص•

د ـ المرافعات والإثبات مما يشمل أبواب الدعوى والقضاء والشهادة والإقرار والقرائن •

و ـ النظام المالى الذى يضم أبواب الزكاة والخراج والعشر والركاز والمعادن وبيت المال•

ز ـ السياسة الشرعية والأحكام السلطانية ، وهو ما يتعلق بأساليب تنظيم علاقة الحاكم بالمحكومين وواجبات الدولة ومسئولياتها•

ح ـ العلاقات الدولية أو ما يسمى بالسير •

ومن هذا يتضح تنوع المجالات التى يتناولها الفقه الإسلامى وشمولها للجوانب القانونية التى يتسع لها أى علم قانونى متطور •

٢ـ الأحكام الشرعية :

الأحكام الشرعية هي غاية الفقيه ومقصوده والنتيجة التي يرجو الوصول إليها. وينبئ وصف الأحكام الشرعية عن نسبتها إلى الشارع لا إلى العقل الإنساني الذى تنحصر وظيفته في الكشف عن الحكم الشرعى لا في إثباته. نعم للأفعال والعلاقات أوصاف ذاتية يستطيع العقل إدراكها ومعرفة أوجه الحسن والقبح فيها، ولكن جمهور أهل السنة يذهبون إلى أن العقل لا يستقل في كثير من الأحوال بإدراك الحسن والقبح في الأفعال وأن الوحى هو الذى يدل على ذلك .

وتتضح أهمية هذا الرأى بالالتفات إلى مراحل التطور القانونى العالمى، حيث تكثر الأمثلة التى ضل فيها العقل الإنسانى وسوغ النظار والفلاسفة والقانونيون أبشع أنواع الظلم والاستغلال مما عساه أن يصل بالمرء إلى الاقتناع بالحاجة إلى هذا التشريع الإلهى ، وإلا فما بالك بهذه التشريعات التى كانت تبيح للدائن استرقاق المدين العاجز عن الوفاء بدينه، وهذه العقوبات التى كانت تقوم على تمزيق جسد الجانى أو وضعه في ماء شديد الغليان أو وضعه على خازوق لتمزيق أحشائه أو إباحة استغلال الشعوب واستبعادها وتفضيل بعضها على البعض الآخر بالنظر إلى اللون أو الجنس. وقد استباحت الأنظمة الشيوعية القضاء على الملكية الخاصة والحريات العامة، ووجدت من الكتاب والمفكرين من يبرر ذلك باسم العدالة الاجتماعية في توزيع الثروات. وتمارس الشركات الكبرى الاحتكار واستنزاف الثروات والعدوان على البيئة، ونجد من يبارك جهودها باسم الحرص على التقدم ولا غرابة لهذا كله في أن يفزع كثير من المفكرين إلى قواعد العدل المطلق والمساواة بين الناس وتكريم الإنسان مما جاء به التشريع الإلهى لصالح الشعوب جميعها دون تفريق بينها .

وبهذا فإن دور العقل الإنسانى في الفلسفة التشريعية الإسلامية هو اكتشاف الحكم الشرعى لا إثباته وهو يتبع الوحى ويتقيد بنصوصه ،

وهذا العقل فى تحقيقه للمصالح الاجتماعية إنما يتجه إلى تحقيقها بمعاونة النصوص ·

وتنقسم الأحكام الشرعية إلى نوعين :

أولهما ـ الأحكام التكليفية الخمسة التى تدل على طلب الفعل أو الترك والكف عنه أو التخيير ، مما يشمل الواجب، وهو ما طلب الشارع فعله على سبيل الحتم والإلزام وأثبت الجزاء على تركه كإقامة الصلوات المفروضة وأداء الزكاة اللازمة والوفاء بالديون · ويقابله المحرم وهو ما طلب الشارع تركه على سبيل الحتم والإلزام كالقتل وأكل الربا وشرب الخمر· أما المندوب فهو ما طلب الشارع فعله على أنه الأفضل والأولى لا على سبيل الإلزام كالتصدق وإفشاء السلام· وفى فعله الثواب لكن تركه لا يرتب على المكلف مجازاته بالعقاب ومثله المكروه الذى طلب الشارع من المكلف تركه ولكن لا يجزيه على فعله، مثل الصلاة فى الأرض المغصوبة والبيع وقت النداء إلى صلاة الجمعة· أما المباح فهو ما خير الشارع بين فعله وتركه دون إلزام كاتخاذ الطيبات فى الطعام والشراب والمسكن ·

والثانى : الأحكام الوضعية التى تفيد ربط الشارع بين أمرين يكون أحدهما سبباً فى الآخر ـ كالقتل العمد الذى هو سبب وجوب القصاص ـ أو شرطاً له ـ كاشتراط حولان الحول (مرور عام) لإيجاب الزكاة واشتراط العمد فى القتل لوجوب القصاص، أو مانعاً منه كاختلاف الدين بين الزوج وزوجته فى المنع من الميراث وكالجنون فى المنع من وجوب القصاص ·

ولا يخفى أن هذين النوعين من الأحكام يترابطان فى تنظيم العلاقات على النحو الذى أراده الشارع؛ إذ الحكم التكليفى أساس الحكم الوضعى فى أحوال كثيرة· وعلى سبيل المثال فإن اعتبار الفعل من قبيل المحرم هو الذى يثبت التعدى المعتبر سبباً لإيجاب الضمان· وكذلك فإ الحكم الوضعى هو الذى يترتب عليه الحكم التكليفى من

مثل غروب الشمس المعتبر سبباً لوجوب صلاة المغرب، ويدل هذا على قضية الترابط بين نوعى الأحكام التكليفية والوضعية ٠

٣ـ طبيعة الأحكام الشرعية :

تتنوع الأحكام الفقهية إلى ما يضبط علاقة الإنسان بربه (العبادات)، وإلى ما يضبط علاقة الإنسان بغيره (معاملات ، أسرة ، عقوبات ، سير، أحكام سلطانية، مرافعات وإجراءات) ٠ والأحكام الشرعية بهذا أوسع من القواعد القانونية التى تنحصر فى العمل على ضبط علاقة الإنسان بغيره، وتشتمل الأحكام الشرعية بذلك على ثلاثة أنواع :

[أ] الأحكام الشرعية التى يمكن للقضاء التدخل لإلزام المكلفين بها، وذلك كأحكام المعاملات والعقود والأسرة، وعلاقة الدولة بغيرها من الدول وبرعاياها٠ وتقابل هذه الأحكام القواعد القانونية، كما أنها تمثل الحد الأدنى من القواعد التى هدف الشارع إلى الإلزام بها فى تنظيم المجتمع وإقامة الحياة الإنسانية فى هذه الدنيا ٠ ولذا أوجب الشارع على المجتمع وأولى الأمر فيه اتخاذ الوسائل العملية اللازمة لوضع هذه الأحكام موضع التطبيق، وقد سعت الدولة الإسلامية امتثالاً لهذا الوجوب إلى إنشاء المحاكم وتعيين القضاة القادرين على تطبيق هذه الأحكام فى الواقع العملى، وتوالى صدور التقنينات والأحكام السلطانية التى حددت ولايات المحاكم واختصاصاتها ورسمت كيفيات عملها فى الظروف المختلفة وإجراءات التقاضى بها٠

[ب] الأحكام المتعلقة بالأخلاق وآداب السلوك فيما يقابل ما يسمى بالقواعد الأخلاقية التى ترك أمر الإلزام بها إلى ضمير الفرد ووعى المجتمع٠ وأكثر ما يسمى بالمندوبات والمكروهات فى الفقه من هذا القبيل٠ إن القواعد القانونية تمثل الحد الأدنى الذى يلزم توافره لتحقيق الضبط الاجتماعى، على حين تمثل القواعد الأخلاقية الحد

الأعلى لما ينبغى أن يكون عليه السلوك العام سعياً إلى تحقيق المجتمع الفاضل، وإنما يجرى نقل القاعدة الخلقية إلى الجانب القانونى الملزم إذا استشعر المجتمع ضرورة الالتزام بهذه القاعدة لتحقيق مصلحة معتبرة· وفى الفقه الإسلامى يتغير الحكم التكليفى المتعلق بالفعل بتغير المصلحة الواجبة الحماية· من ذلك أن الزواج مباح، لكنه يصير إلى الحرمة إذا تيقن الطرفان الوقوع فى الظلم، وقد يكون واجباً إذا وجدت القدرة وتيقن أحد الطرفين الوقوع فى ارتكاب جريمة الزنا إذا لم يقدم عليه ·

[جـ] الأحكام الدينية المتعلقة بعلاقة الفرد بربه عز وجل · ولهذه الأحكام أهمية مطلقة فى تشكيل المجتمع وتحقيق تماسكه، حيث لا يتألف المجتمع فى محيط جغرافى فحسب، وإنما يجب أن تكون له عقيدة تجمع بين أفراده وتهيئ تجانسهم وتيسر التعاون بينهم· ولا تدخل هذه الأحكام بطبيعتها القلبية الاعتقادية فى عمل المحاكم اللهم إلاّ إذا حدث تهديد مباشر لها كنشر ما يمثل خروجاً عليها أو السخرية منها أو الترويج لما يؤدى إلى انصراف البعض عنها أو انقسامهم حولها مما يؤدى إلى تهديد الاستقرار الاجتماعى، ولا يستطيع أى مجتمع يعمل على الحفاظ على وجوده أن يَصُمّ أذنيه عن مروجى الفتن والضلالات والعاملين على الإساءة إلى نظامه العام· ومجال بسط هذه الأحكام الدينية وصياغتها فى التفكير الإسلامى إنما هو فى علم الكلام· أما جزاء الخروج عليها وتهديد الاستقرار الاجتماعى بهذا الخروج فمجاله علم الفقه· وقد صاغ الفقهاء تفصيلات هذا الجزاء بما يضمن التوازن على نحو عام بين تحقيق حرية العقيدة للأفراد فى المجتمع الإسلامى على النحو الذى فرضه الشارع وبين الحفاظ على المصالح العليا لهذا المجتمع ·

ومن هذا يتضح أن ما يسمى بالأحكام الدينية الاعتقادية يتميز عن الأحكام الشرعية، حيث إن مجال الأحكام الدينية هو علم

الكلام. أما الأحكام الشرعية فمجالها علم الفقه الذى يشمل ما يمكن أن نسميه بالقواعد القانونية الملزمة عن طريق القضاء، والقواعد الأخلاقية وقواعد العبادات.

وإذا أخذنا فى الاعتبار طبيعة الأحكام الشرعية على هذا النحو الواسع الذى يضم كلاً من القانون والأخلاق والعبادات، فإ ن الحكم الشرعى يلتقى مع القاعدة القانونية فى وصفى العموم والتجريد. حيث يتجه الخطاب فى كليهما إلى الناس جميعاً، دون اختصاص بواقعة أو شخص معينين. ومن جهة أخرى فإن الحكم الشرعى يلتقى مع القاعدة القانونية فى توجيه الخطاب فيهما إلى المجتمع . ولذا تشتد الصلة بين الفقه الإسلامى والعلوم الاجتماعية الأخرى مثلما هو الحال فى القانون .

ثالثا - الفقه والقضاء

اشتمل الفقه على الأحكام الشرعية الملزمة عن طريق المحاكم إلى جانب الأحكام الشرعية الأخرى المتعلقة بالعبادات والأخلاق. وقد تحددت ولايات المحاكم وعملها فى الإلزام بالنوع الأول من الأحكام الشرعية، ولم يتجاوز عمل المحاكم والقضاة ذلك إلى النظر فى أمور العبادات أو الأخلاق. ولم يتطابق عمل الفقيه مع عمل القاضى، وإنما كان لكل منهما مجاله الخاص به ، فإن وظيفة الفقيه هى العمل على صياغة الأحكام الشرعية التى تتعلق بالسلوك الإنسانى فى مجال الأخلاق والعبادات والقانون على حين كانت وظيفة القاضى هى الفصل فى النزاعات العملية التى تهدد المصالح الحيوية المعتبرة للأفراد والمجتمع .

وبهذا فإن الفقه أوسع من القانون حتى ولو كان مصدر هذا القانون هو الفقه. وعلى سبيل التوضيح فإن مجلة الأحكام العدلية المستمدة من المذهب الحنفى عبارة عن تقنين لأحكام العقود والمعاملات وإجراءات التقاضى ووسائل الإثبات طبقاً لهذا المذهب -

لكن هذه المجلة التى جاءت فى ١٨٥١ مادة موزعة على ستة عشر كتاباً فى كل كتاب منها عدد من الأبواب والفصول لم تتناول من أحكام هذه المعاملات إلاّ ما يتصل بعمل القاضى ويضبط التخاصم والعلاقات بين الناس على نحو ملزم ٠ أما الفقه فيتسع فضلاً عن ذلك لبيان الحلال والحرام والمندوب والمكروه فى التعامل بين الناس بهذه المعاملات٠

ومن الطبيعى ألاّ تجد اللجان المكلفة بصياغة الأحكام الشرعية فى الموضوعات المدنية نفسها مضطرة إلى إدخال أمور الحلال والحرام والمندوب والمكروه فى هذا التقنين الذى قدمته ٠

وإذ يشتمل الفقه على القواعد القانونية الملزمة فى التعامل، وعلى قواعد العبادات والأخلاق (المندوب والمكروه) فإنه يكون بهذا أعم من القضاء٠ والسمة الأخرى التى يختلف فيها الفقه عن القضاء هى أن الفقه يتجه إلى التنوع وتعدد الآراء واختلاف الأنظار على حين يتجه القضاء إلى التوحيد وتجميع الآراء٠ وقد تحقق للقضاء هذا التوحد فى المجتمعات الإسلامية بوسائل متعددة، من بينها:

[١] تعدد درجات التقاضى واسترشاد المحاكم الأدنى فى الدرجة بأحكام المحاكم الأعلى فى ترتيب درجات التقاضى، وكانت محاكم المظالم فى قمة درجات التقاضى، على حين وقعت محاكم المحتسب فى أدنى درجات السلم القضائى، واحتلت محاكم القضاة المرتبة الوسطى بينهما ٠

[٢] تعيين مستشارين من الفقهاء إلى جوار القاضى الذى يلخص لهم وقائع القضية بعد التحرى عنها وسماع الشهود واستجواب الأطراف، ولا يقضى القاضى بشئ إلاّ بما يتفق عليه مع مستشاريه فى القضية المعروضة، وكان هؤلاء المستشارون يرجعون فى تعيين الحكم المقضى به إلى آراء الفقهاء وأحكام المحاكم٠

[٣] اختيار أحكام فقهية معينة يلتزم بها القضاة فى عملهم وتشكيل القانون الذى يضبط العلاقات فى المجتمع· وقد عرفت المجتمعات الإسلامية طرقاً عديدة فى اختيار النصوص والاجتهادات الفقهية التى يسترشد بها القاضى فى عمله، وفيما يلى التمييز بين بعض هذه الطرق:

أولاً ـ ترك الأمر إلى القاضى نفسه ليتخير الرأى الفقهى المناسب للحكم فى القضية المعروضة، بناء على تساوى الاجتهادات الفقهية فى الاعتبار الشرعى إذا كانت لا تعارض نصاً شرعياً ولا أصلاً من الأصول المجمع عليها· يتضح هذا مما جاء فى ترجمة ابن الجراح، وهو أحد قضاة مصر فى القرن الثانى الهجرى، حيث ذكر كاتبه أنه كان يعد محضر التحقيق فى القضية المعروضة، ثم يقرأ عليه هذا المحضر ويسلمه له، فيبقى المحضر عند هذا القاضى مدة معينة ينظر فيه ويكتب على هامشه آراء الفقهاء فى الموضوع، مبيناً الرأى الذى يختاره فى الحكم فى القضية المعروضة بوضع خط تحته، فيكون هذا إشارة للكاتب بكتابة الحكم فى القضية على أساس هذا الرأى المختار· وكان هذا الحكم المدون فى القضية أو «السجل» فى الاصطلاح القضائى يشتمل فيما يذكره الماوردى على صفة الدعوى مع تسمية المدعى والمدعى عليه، وجواب المدعى عليه، وأدلة الإثبات، وتاريخ الحكم باليوم والشهر والسنة، ومنطوق الحكم وتوثيقه·

ومن الواضح أن هذا الترجيح بين الآراء الفقهية المتنوعة كان يأخذ وقتاً وجهداً ينفقه القاضى فى وزن هذه الآراء من جهة تحقيقها للعدالة وملاءمتها للمصالح الاجتماعية والقبول العام لها· ولم يكن يستطيع هذا الترجيح والاختيار إلاَّ عدد محدود من القضاة المؤهلين للاجتهاد فى التعرف على المصالح والموازنة بين الأدلة، ولذا مست الحاجة مع اتساع المجتمعات الإسلامية إلى الأخذ بطرق أخرى فى تعيين الرأى الفقهى المقضى به ·

ثانياً ـ إلزام الجهـاز القـضـائى بالرأى الراجح فى مـذهب من المذاهب، كـاختـيـار الرأى الراجح فى المذهب المالكى للتطبـيق فى الأندلس والشمال الإفريقى منذ القرن الثالث الهجرى حتى إقصاء الفقه الإسلامى عن التطبيق فى هذه البلاد على يد القوة العسكرية الغربية. وقد عمت طريقة اختيار الرأى الراجح فى أحد مذاهب البلاد الإسلامية فترة طويلة من الزمان للأسباب التالية:

[أ] تيسير هذه الطريقة التوحيد التشريعى وتعيينها القانون الواجب الاتباع مع فتح المجال للإفادة من التفكير الفقهى عن طريق تبديل الرأى الأرجح واختلافه من فترة لأخرى حسبما يتفق عليه المجتهدون داخل المذهب.

[ب] تيسير هذه الطريقة معرفة المتقاضين حقوقهم وواجباتهم عن طريق معرفة الأحكام التى يرجع إليها القاضى فى عمله، وقد مست الحاجة إلى تعيين الأحكام المقضى بها لتعريف المتقاضين بحقوقهم وواجباتهم وجعلهم أقدر على توقيع الحكم القضائى مع اتساع المجتمعات الإسلامية وتطور الأداء الاجتماعى فيها. ولذا برزت دعوة ابن المقفع إلى توحيد الأحكام المقضى بها قبل منتصف القرن الثانى الهجرى .

[ج] تحقيق الاستقرار للعمل القضائى عن طريق معاونة القاضى فى تحديد القاعدة الفقهية التى يستند إليها فى حكمه والبعد به عن الشُّبَه والظنون التى قد تؤثر عليه فى عمله .

وقد ترتب على إلزام القضاة بالرأى الراجح من بين الآراء المتنوعة ارتقاء هذا الرأى إلى مرتبة القانون الواجب التطبيق على حين بقيت الآراء المرجوحة والشاذة داخل المذاهب الفقهية مجرد اجتهادات نظرية لا تجدطريقها إلى قاعات المحاكم والتطبيق العملى فى الواقع ، إلاَّ أن ترتفع درجة بعضها إلى مركز الرأى الراجح بتأييد العلماء له واكتشافهم تعبيره عن المصالح الاجتماعية أكثر من غيره. ويجب لهذا ألا تعالج

قضية الاختلاف الفقهى والنظر إلى الآراء المتنوعة والمختلفة باعتبارها آراء متساوية فى الإلزام والتطبيق• لقد جرى تصور الاختلاف الفقهى بحسبانه اختلافاً فى الأصول وقواعد النظر فى النصوص، وفى اعتقادى أن هذا الاختلاف والترجيح لآراء معينة سوف يفهمان بدرجة أوضح فى ضوء الربط بينهما وبين الظروف الاجتماعية حسبما قد ترد مناقشته فى حيز أكثر مناسبة له •

وتجدر الإشارة إلى أن إلزام القاضى بالرأى الأرجح فى مذهب من المذاهب واعتباره القانون الواجب التطبيق كان يجرى النص عليه فى عقد توليه منصب القضاء فى أحوال كثيرة• وكثيراً ما كان يجرى اختبار المتقدمين لشغل وظيفة القاضى بتعيين أحد المختصرات فى المذهب المختار والمعنية بتسجيل الرأى الأرجح فى هذا المذهب للتأكد من معرفة المتقدم بالقانون الذى سيطبقه، فكتاب الجامع الكبير لمحمد بن الحسن الشيبانى كان هو الكتاب الذى يجرى اختبار المتقدمين لمنصب القاضى فيه لمعرفة مدى إلمامهم بمحتوياته• وفيما بعد أصبح كتاب القدورى هو المرجع الذى يتعين على المتقدمين لشغل وظيفة القاضى الإلمام بما جاء به •

ثالثاً ـ إصدار التشريعات والقرارات الإدارية والقوانين والفرمانات التى كانت تصدرها الدولة بمقتضى حقها فى السياسة الشرعية، وإقامة المصالح العامة، يتضح وجود هذه التشريعات والقرارات والقوانين من الأمور التالية :

[أ] قوانين الخراج التى كانت تحدد الواجب فى الناتج من الأرض وكيفيات تقدير هذا الواجب، وأساليب تحصيله وحفظه وحقوق القائمين بهذا كله وواجباتهم• وقد أشار ابن خلدون إلى وجود هذه القوانين وتدوينها فى كتاب يرجع إليه القائمون على تنفيذها للالتزام بها عندما أشار فى مقدمته إلى : «حفظ حقوق الدولة فى الدخل والخرج وإحصاء العساكر والرجوع فى ذلك إلى القوانين، وهى كلها

مسطورة فى كتاب شاهد، ويسمى ذلك الكتاب بالديوان». فتأمل قوله بأن قوانين الدخل والخرج (النظام المالى) مسطورة فى كتاب شاهد يرجع إليه لتستدل بهذا على عناية الدولة بإصدار القوانين المالية. ويشير تكليف هارون الرشيد الخليفة العباسى لأبى يوسف بتأليف كتاب الخراج المتداول إلى اليوم على عناية الدولة بتحديد نظامها المالى، وذلك لأهمية هذا التحديد فى الضبط الإدارى.

[ب] إصدار الدولة العثمانية كثيراً من القوانين التى اتخذت اسم «الفرمانات» ، والتى ما يزال بعضها موضع التطبيق فى مصر إلى الآن. ويتعلق أكثر هذه القوانين «الفرمانات» بموضوع الأموال والإدارة والجنايات والعقوبات عليها وما يماثلها من موضوعات القانون العام التى لا يمكن للدولة إهمالها أو تحمل تطرق الفوضى إليها. وسترد مناسبة أوفى من ذلك لمعرفة جهود الدولة العثمانية فى إصدار القوانين والتشريعات .

استنتاج :

يترتب على التفريق بين الفقه والقضاء وإدراك العلاقة بينهما النتائج التالية:

[١] كتب الفقه الموجودة بين أيدينا ليست كتباً فى القانون الواجب الاتباع فى المحاكم ، وإنما هى تدوين لآراء الفقهاء الخاصة بالاستناد إلى المصادر الشرعية فى المسائل التى كانت تعرض عليهم بعد تجريدها من ظروفها الزمانية والمكانية والشخصية .

[٢] لم تكن وظيفة الفقيه تقديم قانون عملى تخضع له المحاكم وتلتزم به فى عملها، وإنما كانت وظيفته هى البحث عن الحكم الشرعى للوقائع والنوازل وإدراك العلاقات بين الأحكام المتنوعة للوقائع المختلفة، وصياغة المفاهيم وتحديدها وترتيب مباحث الفقه وإقامة علومه. ويأتى دور المجتمع بعد ذلك فيختار عن طريق مؤسساته السياسية

العملية من هذه الآراء والاجتهادات ما يجده أرعى للمصالح وأنسب فى الفصل بين المتقاضين. وبهذا يتضح دور الفقيه فى استخراج القوانين وتحديدها وتطويرها لتتلاءم مع المصالح الاجتماعية فى ضوء ما تمليه النصوص الشرعية.

رابعا - الفقه والقانون

يختلف الفقه عن القانون من حيث الإلزام، إذ القاعدة القانونية ملزمة للمتقاضين والقضاة بما توافر من جزاء على مخالفتها، وبالتزام أعضاء المجتمع، وبفرض السلطة هذا الإلزام للقواعد القانونية على الخاضعين لهذه السلطة. أما الفقه فقد اتضح أنه ليس صياغة قانونية ملزمة للمحاكم، وإنما هو عمل نظرى يهدف الفقيه من تقديمه إلى إبداء وجهة نظره فيما يعرض له من أمور بالاستناد إلى النصوص الشرعية. ولم يكن يتيسر للفقيه إدراك مصير وجهة نظره فى أخذ المحاكم بها أو تركها للتداول بين طلاب الفقه وقرائه. وعلى سبيل التوضيح فإن رأى ابن تيمية فى احتساب ما يقع من الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد طلقة واحدة لم يكتب له أن يصير قانوناً ملزماً فى أكثر البلاد الإسلامية إلاّ بعد أكثر من ستة قرون من تاريخ وفاة هذا الإمام العظيم، كذلك فإن مجلة الأحكام العدلية قد تبنت وجهة نظر أبى يوسف فى اعتبار عقد الاستصناع (المقاولة) من العقود الملزمة، وذلك فى القرن التاسع عشر، فأصبحت المحاكم ملزمة بتطبيق هذا الرأى بعد أن ظلت تعتبره من العقود الجائزة فى البلاد التى كانت تطبق المذهب الحنفى لأكثر من عشرة قرون، متابعة لرأى كل من أبى حنيفة ومحمد. وطبقاً لرأى هذين الفقهين فإنك إذا اتفقت مع مقاول على إقامة مبنى بمائة ألف، وحددت أوصافه، ثم انتهى المقاول من عمله وأراد تسليم المبنى وأخذ المال لم يلزم ذلك وتستطيع تركه له، حتى ولو كان مطابقاً للأوصاف المتفق عليها، وهذا معنى أن العقد جائز أى غير لازم فى

حق طرفى العقد• أما على مذهب أبى يوسف الذى تبنته المجلة فإن عقد الاستصناع من العقود اللازمة ولا حق فى الرجوع عنه ويلزمك تسلم المبنى إذا جاء وفق الأوصاف ودفع ما عليك•

لقد ارتفعت مجلة الأحكام العدلية المستمدة من المذهب الحنفى والتى وضعت موضع التطبيق فى كثير من بلاد الخلافة العثمانية فى القرن التاسع عشر إلى مستوى القانون الملزم للقضاة والمتقاضين بتبنى الدولة العثمانية لأحكامها وبموافقة الهيئة الاجتماعية على الالتزام بها وبما توافر من جزاء على مخالفة هذه الأحكام، وتميزت المجلة بهذا عن سائر الأحكام الاجتهادية المثبوتة فى كتب المذهب •

ويترتب على هذا نتيجة على قدر بالغ من الأهمية، هى أن الموازنة بين الفقه الإسلامى وبين القانون لتحديد المفهوم العام لكل منهما أمر ينطوى على قدر غير قليل من المجازفة لاختلاف كل منهما فى الصياغة والإلزام وتوفير الجزاء •

خامساً - الفقه والنظريات القانونية

طبقاً للتفريق السابق الذكر بين الفقه والقانون، فإن المقارنة بين النظريات القانونية المتعلقة بتحديد مفهوم القانون The Concept of Law وبين مفهوم الفقه الإسلامى أمر ينطوى على قدر غير قليل من المجازفة كما سبق القول، وإنما تجدر المقارنة إذا تحرينا الدقة بين القانون وبين الصيغ التشريعية التى انتزعت من الفقه الإسلامى واختيرت من اجتهادات الفقهاء بطريق من الطرق السابقة الذكر لتكون مرجعاً يضبط عمل المحاكم، كمجلة الأحكام العدلية أو الرأى الأرجح فى مذهب من المذاهب الموضوعة موضع التطبيق •

مفهوم أوستن للقانون :

لا أجدنى أجازف فى القول بوجود نوع من التوافق بين مفهوم أوستن Austin للقانون ، وبين المفهوم العام للقانون فى هذه الصيغ

التشريعية المنتزعة من الفقه لتكون مرجعاً يضبط عمل المحاكم، وذلك أن القانون فى نظر أوستن عبارة عن أوامر صادرة من السلطة السياسية العليا موجهة للخاضعين لهذه السلطة: Law Set By Political Supeo-srs to Political Inferiors • وفى رأى أوستن أن الذى ضمن الخضوع لهذه الأوامر هو اقترانها بالجزاء على المخالفة، كما هو الحال فى الحكم ببطلان العقد أو عدم القدرة على الإلزام به إذا خالف المتعاقدان الشروط التى أوجبها القانون للحكم بصحة التعاقد• ويرد على هذه النظرية أوجه نقد عديدة، من بينها :

وتقدير هذه النظرية فى الفقه الإسلامى من وجهين :

[١] تعترف الفلسفة التشريعية الإسلامية بحق ولى الأمر من الحكام والقضاة باعتبارهم ممثلين للأمة فى اختيار رأى فقهى بعينه من بين الاجتهادات الفقهية للإلزام به، والقاعدة الفقهية التى تعبر عن حق ولى الأمر فى هذا مؤداها أن اجتهاد الحاكم يرفع الخلاف، ومعناها أنه إذا أصدر القاضى حكمه بناء على رأى فقهى معين لم يكن لأحد المتخاصمين رفض هذا الرأى والأخذ بغيره من الآراء الفقهية الأخرى• وكذا لو عين ولى الأمر أو السلطة السياسية مذهباً من المذاهب للقضاء به، أو الرأى الأرجح فى أحد المذاهب للقضاء به، لم يكن لأحد أن يأخذ بغيره، وإلاّ عمت الفوضى وأصبح لكل متخاصم أن يختار الرأى الذى يحقق مصلحته •

[٢] تعينُ نظرية أوستن على تأكيد التفريق بين الاجتهادات الفقهية التى لَم يؤخذ بها فى التطبيق القضائى وبين الآراء المعتمدة فى هذا التطبيق باختيارها عن طريق السلطة السياسية «ولى الأمر» أو بترجيح العلماء أو بأى أسلوب من الأساليب التى سبق الإشارة إليها •

وقد تصور أندرسون J.B.D Anderson وجود تقابل كامل بين مفهوم القانون فى هذه النظرية ومفهومه فى الفلسفة الفقهية، بناء على أن السلطة السياسية لا دور لها فى اختيار الأحكام القانونية الملزمة فى

هذه الفلسفة، وأن الأمر فى ذلك مرده إلى الله معز وجل (١٣)٠ ويرد على هذا التقدير ما يلى :

[أ] لا يميز الباحث بين الشريعة وبين الفقه ولا يتضح إسناده أى دور للعقل الإنسانى فى الكشف عن الحكم الشرعى وتطبيقه٠

[ب] يغفل الباحث كذلك دور السلطة السياسية والقضائية فى اختيار الآراء الفقهية الملزمة للمتقاضين وللمحاكم ٠ نعم لا شك فى رجوع الأحكام الشرعية فى الفلسفة الفقهية الإسلامية إلى مصدر واحد، هو الله سبحانه وتعالى سواء ما اختير من هذه الأحكام ليكون قانوناً ملزماً أم ما لم يختر، غير أنه ينبغى إدراك أن الاجتهاد الذى اكتسب صفة الإلزام القانونى إنما ارتفع إلى هذه المرتبة بفضل تبنى الحاكم له وحقه فى الاختيار من بين الآراء الاجتهادية لرفع الخلاف ٠

والخلاصة أن جوهر نظرية أوستن عن مفهوم القانون وطبيعته مما يمكن أن ينطبق بوجه العموم على الصياغات القانونية المأخوذة من الفقه الإسلامى والموضوعة موضع التطبيق فى البلاد الإسلامية ٠

نظرية كيلسن Kelsen :

تقوم نظرية كيلسن التى أطلق عليها النظرية البحتة للقانون The Pure Theory of Law على الاهتمام بالقانون فى صورته الراهنة دون التفات إلى العوامل الاقتصادية والاجتماعية التى أسهمت فى تكوينه ٠ وفى رأى Keisen أن وظيفة علم القانون هو التعبير عن قانون مجتمع من المجتمعات بعد صدوره من السلطات التشريعية باتباع شكل معين قوامه أنه إذا حدث كذا فسوف تكون نتيجته كذا٠ وتتسم القاعدة القانونية Legal Rule طبقاً لهذا المنهج بالوصفية وبكونها حكماً افتراضياً تقديرياً يقوم على الربط بين أفعال معينة وبين نتائج هذه الأفعال، بحيث تؤول القاعدة القانونية الى التعبير عن مضمونها بأسلوب : إذا حدث (أ) فإن (ب) سيلزم حدوثه٠ ويحمل هذا التعبير اللزومى عن

القاعدة على هذا النحو فى مضمونه معايير وصفية للسلوك والعلاقات بغية توضيح نتائج هذا السلوك وهذه العلاقات قبل الدخول فيها وبغية معرفة ما يجب أن يحدث فى ظرف من الظروف ٠

ولا يدخل فى وظيفة علم القانون طبقاً لهذه النظرية تحليل أى نظام قانونى أو تعريف ما ينطوى عليه هذا النظام من مفاهيم قانونية كالمال والملك والعقد، أو متابعة الظواهر القانونية كالعوامل التى تحكم تطور النظم القانونية أو تحديد دور المجتمع فى ذلك وإنما مجال دراسة هذه الأمور هو علم القانون المعيارى Normative Jurisprudence ٠

وقد أخطأ أندرسون فى إقامته التناقض بين هذه النظرية وبين الفقه الإسلامى من جهة أن القانون طبقاً لهذه النظرية يهتم بالواقع وبالربط بين ما قد يحدث من أفعال وبين نتائجها فى الواقع العملى دون التفات إلى تقدير ما ينبغى حدوثه من أفعال، على حين أن الفقه الإسلامى يهتم فى الدرجة الأولى بتصوير هذا الذى ينبغى فعله، وليس بما يقع بالفعل٠ وإنما أتى هذا الخطأ من الخلط بين علوم الفقه المختلفة وقواعد المتنوعة، إذ ترجع بعض القواعد إلى تصوير معايير السلوك الواجبة على حين يتعلق بعضها الآخر بنتائج الأفعال التى تحدث فى الواقع على خلاف هذه المعايير ٠ ويجدر الالتفات إلى أن كتب الفقه المطولة تتناول كلاً من المعايير الواجبة للسلوك ووصف النتائج القانونية لما يحدث فى الواقع من أفعال٠ أما كتب القضاء وشروح القوانين (كشروح مجلة الأحكام العدلية) ، فلا تتجاوز وصف النتائج القانونية لما قد يحدث فى الواقع من أفعال ٠

المدرسة التاريخية :

أما بالنسبة للمدرسة التاريخية، فقد دعت إلى المبادئ التالية :

[١] الربط بين أحكام القانون وبين الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية بناء على أن نصوص القانون ليست سوى تعبير

عن هذه الظروف.

[٢] الاعتراف بدور المشتغلين بالدراسات القانونية فى تطوير القانون، وإن تشكل هذا الدور وتحدد بهذه الظروف التى تمثل القوى الخفية الصامتة التى لا تتجه بالقانون وحدها بمعزل عن الدور الإنسانى وجهة معينة، شأنه فى هذا شأن قوانين الأعراف .

ويلاحظ المستشرق البريطانى ذائع الصيت Anderson أن مبادئ هذه المدرسة تتناقض من الوجهة النظرية مع الفلسفة الفقهية الإسلامية فى الأمور التالية :

١ـ تسند هذه المدرسة الدور الأكبر فى تطوير القانون إلى الفقهاء والمشتغلين به الذين تحركهم هذه القوى الخفية الصامتة على حين يرجع التفكير الفقهى الإسلامى نشأة التشريع الإسلامى وتطوره إلى الوحى الإلهى. ولذا انحصر دور الفقهاء فى تفهم نصوص الوحى لا فى مراجعة عمل المحاكم إلاّ بقدر ضئيل.

٢ـ الربط بين الظروف الاجتماعية وبين الحكم القانونى على النحو الذى دعت إليه هذه المدرسة أمر غير مقبول فى الفلسفة التشريعية الإسلامية، لأن نصوص الوحى حاكمة للمجتمع وليست محكومة به وسابقة عليه لا مسبوقة به .

وعلى الرغم من التسليم بالتباعد بين مبادئ المدرسة التاريخية وبين أصول التشريعم الإسلامى، فإن الملاحظات التى أوردها أندرسون لا تسلم فى وجوهها التالية :

(١) لا يصح القول بأن الفقه الإسلامى فقه نصوص وأنه لم يعتمد فى تطوره على العمل القضائى بدرجة ملحوظة ، وسيتاح النظر إلى دور القضاة فى نشأة الفقه الإسلامى وتطبيق مبادئ الشريعة فى الواقع العملى فيما بعد ، ويجب الالتفات إلى اهتمام الفقهاء بأحكام القضاة وحفظهم لها وتأثرهم بها حتى فى الصياغة الفقهية للمسائل

المدونة فى بطون الكتب الفقهية تعبيراً عن المبادئ التى استقرت فى الفقه •

ولا أجد أى إحساس بالمبالغة فى القول بأن أكثر هذه المسائل المدونة فى كتب الفقه كانت قضايا واقعية نظرتها المحاكم وفصل فيها القضاة ، وقد عرف الفقه الإسلامى نظام السوابق القضائية حسبما يأتى توضيحه فيما بعد ، وكان المصطلح الفقهى الخاص بهذا النظام هو مصطلح «العمل» ويعنى «العمل الفاسى» أحكام القضاة بفاس فى الشمال الإفريقى •

(ب) من الواضح أن التفكير الفقهى الإسلامى لا يسند نشأة التشريع الإسلامى إلى هذه العوامل الخفية السياسية والاجتماعية، وإنما نشأ هذا التشريع بفضل الوحى الإلهى الذى نزل على النبى ﷺ فترة رسالته • وتدل أمثلة كثيرة على أن التشريعات التى نزل بها القرآن الكريم وبينتها السنة الشريفة لم تكن انعكاساً للبيئة العربية ولا محكومة بها • من ذلك فى الفقه الجنائى مبدأ شخصية المسئولية الذى يفيد حصر مسئولية الشخص عن فعله هو لا عن فعل غيره والمقرر بقوله تعالى : ﴿لا تزر وازرة وزر أخرى﴾ ، وبقوله : ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ ، ومنه كذلك إقامة مبدأ التفريق بين العمد والخطأ فى العدوان على النفس الإنسانية• ومن هذا القبيل ربط التكليف والمسئولية بالعقل والتمييز، ونقل حق الدائن على المدين المفلس إلى المال بعد أن كانت سلطة الدائن تشمل مال المدين المفلس وبدنه• والواقع أن التشريعات القرآنية وتوضيحاتها من السنة قد عنيت بهدم أوجه الظلم المنتشرة فى المجتمع العربى الجاهلى بقدر ما عنيت بإرساء قواعد تشريعية جديدة تتلاءم مع المبادئ التى جاء بها الدين الإسلامى فى الأخلاق والعقيدة •

(ج) على الرغم من أن مبادئ الشريعة الإسلامية المتضمنة فى القرآن الكريم والسنة النبوية سابقة للمجتمع وليست محكومة به، فإن

التفكير الفقهى قد تأثر إلى حد كبير بظروف المجتمع· وتتميز الشريعة فى هذا عن الفقه؛ إذ المسلم به أن مبادئ الشريعة ثابتة مستقرة أبدية على حين أن الاجتهاد الفقهى متغير بتغير الظروف والزمان والمكان، طبقاً لمنطوق القاعدة الفقهية : «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان والظروف» · وكان دور الفقهاء ذا أهمية كبيرة فى تحديد كيفيات الاستجابة للمصالح الاجتماعية المتطورة من خلال تفسير النصوص وتحديد المفاهيم الفقهية ، وعلى سبيل التوضيح فقد قرر فقهاء المذهب الحنفى أن المنافع ليست مالاً، ولا يضمن متلفها على صاحبها· ولذا لا يضمن طبقاً لهذا الرأى من يغصب مسكن غيره ويقيم فيه مدة كشهر أو سنة · وقد وجهت انتقادات كثيرة لهذا الرأى من داخل المذهب الحنفى نفسه، حتى ظهر فيه رأى أوجب ضمان المنفعة ، لكنه لم يحظ بالقبول العملى على الرغام من التسليم بجاذبيته المنطقية· غير أن التطورات الاجتماعية والاقتصادية قد حتمت نوعاً من القبول الجزئى لهذا الرأى، وتمثل هذا فى أخذ متأخرى الأحناف بتضمين المنافع على سبيل الاستثناء فى الأحوال التالية:

[١] إذا كانت المنفعة ملكاً ليتيم أو عملاً له، فمن استخدم صبياً لا أب له فى عمل ولم يعطه أجراً ولم يحدد له أجراً، فإن للقاضى أن يحكم بتعويض الصبى عن عمله، ويحدد له أجراً· وكذا لو أخذ شخص سيارة صبى صغير أو أى مال له واستعمله مدة ، سواء بموافقة الصبى أو بدون موافقته ، كان للقاضى أن يحكم بالأجر لقاء هذه المنفعة ·

[٢] إذا كانت المنفعة خاصة بأموال الوقف·

[٣] إذا كانت المنفعة خاصة بمال معد للاستغلال لا للانتفاع الشخصى، فمن أقام فى فندق أعده صاحبه للاستغلال والاستثمار لا للاستعمال الشخصى كان للمستثمر أن يطالب بتعويضه ويأخذ الأجرة التى يحكم بها القاضى ·

وإنما اضطر متأخرو الأحناف إلى إدخال هذه الاستثناءات على أصل مذهبهم القاضى بعدم ضمان المنافع لما نهضت المشروعات الاستثمارية وكثرت أموال الأوقاف وزاد التعدى على أموال القاصرين واستخدامهم دون أجر فرئى أن استقرار هذه المشروعات الناهضة وحماية أموال الأوقاف وحقوق القصر لا يتحقق الا بتطوير الحكم الفقهى وتغييره ، والأخذ بالرأى المرجح فى المذهب على سبيل الاستثناء.

القانون الطبيعى :

لعل مدرسة القانون الطبيعى هى أقدم المدارس القانونية الغربية وأطولها عمراً وأقواها على التحدى والمواجهة بروح متجددة . وقد شهد القرن التاسع عشر هجوماً واسعاً على مدارس القانون الطبيعى بفضل تقدم الوضعية وسيطرتها على الأذهان. غير أن فشل الوضعية فى تحقيق الاستقرار فى شتى الدول والنمو المزعج للنظم النفعية التى لا تتردد فى إضفاء المشروعية على أبشع صور الاستغلال والحاجة إلى نظام أخلاقى عالمى قد أدى إلى كسب القانون الطبيعى الأرض التى كان قد فقدها من قبل. وإنما ساعد على كسب القانورن الطبيعى هذه الأرض مرونة فلاسفته الجدد فى قبول مبادئ الواقعية الاجتماعية وإعادة صياغة آرائهم على نحو جعلها أكثر جاذبية وأقرب إلى القبول .

ولا يتسع المجال للنظر فى اتجاهات القانون الطبيعى ومدارسه وتطوره فى القديم والحديث وإن وجبت الإشارة إلى أن توماس الأكوينى Thomas Acquinas الذى يعد أبرز الفلاسفة الذين عبروا عن القانون الطبيعى فى العصور الوسطى إنما يتحدث عن مفهوم القانون بلغة لاتختلف عن لغة الفقهاء المسلمين فى كثر من الجوانب التى يعبر عنها. وخلاصة آراء هذه المدرسة بتعبير توماس الأكوينى (١٢٢٤ - ١٢٧٤) عنها فيما يلى :

[١] يتألف القانون الطبيعى من المبادئ الأزلية الثابتة المركوزة فى الفطرة الإنسانية كعصمة النفس البشرية وحق الإنسان فى حفظ ماله

وشرفه وعقله ووجوب العدل والحرية والمساواة• وليس من وظيفة القانون الطبيعى أن يقدم التفصيلات الفنية التى يسترشد بها القاضى فى عمله، وإنما يرسم هذا القانون المبادئ العامة التى يتغياها واضعو القانون•

[٢] يختلف القانون الطبيعى عن القانون السماوى Divine Law الذى دلت عليه الكتب المقدسة الموحى بها والذى ترجع مبادئ القانون الطبيعى إليه •

[٣] مصدر هذا القانون الأزلى The Eterna Law هو الخالق الذى خلق الإنسان وأودع فيه غرائزه التى لا تهيئ له مجرد البقاء فحسب، بل تدعوه إلى الكمال كذلك ، وميزه بالعقل حتى يستطيع اتخاذ طريقه إلى الغايات والمقاصد التى حددها الخالق وأبلغ الإنسان بها• وعلى الرغم من أن الإنسان يستطيع تحديد وسائله إلى هذه الغايات والمقاصد بما ركب فيه من عقل إذا تحرر من سلطان غرائزره فإن الخالق قد زوده بهذا القانون الأزلى لرسم الخطة الموجهة لتصرفات الإنسان وانفعالاته نحو هذه الغايات المقصودة •

[٤] دور القانون الطبيعى هو تقديم المبادئ العامة الأزلية الثابتة، أما دور العقل الإنسانى فهو الاسترشاد بهذه المبادئ العامة فى وضع التفصيلات• ويجب لهذا أن يتوافق العقل فى وضعه هذه التفصيلات مع ما توجبه مبادئ القانون الأزلى • وهذه القوانين التفصيلية التى ترجع إلى العقل البشرى والجهد الإنسانى يلزم اتفاقها مع مبادئ القانون الطبيعى لتكون قوانين عادلةوإلاَّ كانت قوانين جائرة غير واجبة الاتباع ، ويوجب الأكوينى عدم التناقض بين مقتضى العقل ومبادئ القانون الطبيعى، ويناقش حكم الخروج على الحاكم الظالم والثورة عليه من هذا المنطلق، والرأى الذى ينتهى إليه فى هذه المسألة هو جواز الخروج على الحاكم الظالم ما لم يتسبب هذا الخروج فى إحداث مفاسد تزيد على المفاسد المترتبة على استمرار الحاكم فى ظلمه •

وقد لقيت آراء توماس الأكويني قبولاً عاماً في المجتمعات الغربية حتى اعتمدها البابا عام ١٨٧٩م ، وأصبحت بهذا الاعتماد جزءاً من تعاليم الكنيسة الكاثوليكية ٠

وقد طورت التوماسية الجديدة New Thomasism بعض آراء الأكويني وردت مبادئ القانون الطبيعي إلى العقل والتجربة الإنسانية مما يذكرنا بموقف المعتزلة الخاص بقدرة العقل الإنساني على الاستقلال بإدراك صفتي الحسن والقبح في الأفعال ٠

وسواء فهم القانون الطبيعي على أن مصدره هو الخالق أو أن أساسه هو العقل البشري والتجربة الإنسانية ، فإن الحكم عليه من وجهة التفكير الفقهي الإسلامي يتألف من الأمور التالية :

[١] يلتقي النظر إلى القانون الطبيعي مع التفكير الفقهي في رد التفصيلات القانونية العديدة إلى هذه المبادئ الأزلية الثابتة في الفطرة الإنسانية٠

[٢] لا تناقض بين مبادئ القانون الطبيعي وبين ما يقرره العقل٠ وقد عني الفقهاء المسلمون بإثبات عدم التعارض بين العقل والنقل٠ ومن أهم المحاولات التي بذلت في هذا الصدد كتاب ابن تيميه «موافقة صحيح المنقول لصريح المعقول» ٠

[٣] مبادئ القانون الطبيعي أزلية ثابتة مركوزة في الفطرة الإنسانية٠ ويتحدث الأكويني عن طبيعة هذه المبادئ بلغة لا تختلف كثيراً عن اللغة التي يتحدث بها الفقهاء المسلمون في حديثهم عن مبادئ الشريعة المتضمنة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة٠

ومع ذلك فإن أندرسون يرى أن الدور المحدود للعقل في إدراك الأوصاف الذاتية للأفعال من حسن أو قبح يقصر بكثير عن دوره لدى فلاسفة القانون الطبيعي، إذ يصر الأشاعرة على أنه لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع، وأن الحكم بالحسن أو القبح على الأفعال لا

يرجع إلى وصف ذاتى فيها وإنما يرجع إلى إرادة الشارع ·

ويرد على رأى أندرسون فى تقدير العلاقة بين التفكير الفقهى الإسلامى وبين فلسفة القانون الطبيعى أن موقف الأشاعرة ليس هو الموقف المتفق عليه بين فقهاء المسلمين ، وأن علماء الماتريدية والمعتزلة قد خالفوا الأشاعرة وذهبوا إلى الحكم بالحسن والتقبيح الذاتيين، أى أن الفعل يكون خيراً لمعنى فيه ويكون شراً لمعنى فيه كذلك ، وأن العقل يستطيع إدراك هذا المعنى بنفسه لو لم يرد الحكم من الشرع ·

إجمال :

لعله اتضح مما سبق أن نظرية أوستن فى فهم القانون لا تصدق على مفهوم الفقه الإسلامى، وإنما تقابل مفهوم القانون فى التشريعات الملزمة المستمدة من هذا الفقه، سواء بتعيين الرأى الراجح فى أحد المذاهب أو بصورة تقنينات جزئية شاملة· ويرجع حق الحاكم فى الإلزام برأى أو مذهب إلى يحقه فى الاجتهاد المشروط بألا يخالف أصلاً شرعياً منصوصاً عليه فى القرآن الكريم والسنة الشريفة أو محل إجماع بين الفقهاء· وقد نص بعض المفسرين عند تعرضهم لبيان معنى قوله تعالى : ﴿أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ﴾ ، على أن سلطة أولى الأمر وحقهم فى الطاعة مقيد بطاعته لله ورسوله · وهكذا فإن سلطة أولى الأمر فى إصدار التشريعات الملزمة من وجهة الفقه الإسلامى مقيدة بموافقة هذه التشريعات لأصول الشريعة ومبادئها المتضمنة فى القرن والسنة ·

ولا تجرى المقارنة كذلك بين نظرية Kelsen القاضية بقصر الاهتمام على النظر إلى القانون فى واقعه لا فيما ينبغى أن يكون عليه وبين الشريعة أ و الفقه، وإنما تجرى المقارنة بين هذه النظرية وبين التشريعات الملزمة المستمدة من الفقه الإسلامى كمجلة الأحكام العدلية وشروحها على سبيل المثال·

وتفيد مناهج المدارس التاريخية والاجتماعية فى توضيح كثير من جوانب التطور التى شهدها الفقه الإسلامى فى أدواره المختلفة ، وليست هذه المناهج التى تربط بين المنظور الاجتماعى وبين الأحكام الفقهية بعيدة عما قرره الفقهاء، بل الواقع الثابت أنهم عبروا عن هذا الربط وصاغوه، بل يمكن القول بأنهم هم الذين أقنعوا غيرهم به.

ولا تجرى المقارنة بين مبادئ القانون الطبيعى وبين الفقه الإسلامى أو القانون المستمد منه، وإنما تجرى هذه المقارنة بين كل من مبادئ هذا القانون الطبيعى وبين أحكام الشريعة الإسلامية ، باعتبار أن الشريعة هى هذه المبادئ الأزلية الثابتة المتضمنة فى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، ولا مبالغة فى القول بأن التحديد الذى قدمه رائد مدرسة القانون الطبيعى توماس الأكوينى فى القرن الثالث عشر الميلادى إنما يرجع بجذوره إلى الفلسفة الفقهية الإسلامية .

سادساً - الفقه الإسلامى فى الدراسات الغربية

اتجهت الدول الغربية عقب احتلالها للبلاد الإسلامية الى اتخاذ موقف عملى من الفقه الإسلامى يقوم على إعلان حق شعوب البلاد المحتلة فى الاحتكام إلى قوانينها الشرعية مع العمل على إحداث التغيير القانونى الذى اقتضته مصالحها على نحو تدريجى بعيد المدى. وفى تطبيق هذه السياسة أسندت قوى الاحتلال تطبيق القوانين الشرعية أول الأمر إلى مواطنيها مع ضم عدد من المستشارين المحليين المثقفين ثقافة قانونية غربية . وبهذا الطريق ضمنت قوى الاحتلال إحداث التغيير القانونى الذى أرادته هذه القوى. وقد أصبح الطريق معبداً لإحداث تغيير أكثر وطأة بإصدار قوانين وتشريعات مستمدة من التشريعات الغربية لتحل محل أإحكام الشريعة فى البلاد الإسلامية فى تجربة لم تتكرر كثيراً فى التاريخ القانونى .

وفى هذه الظروف اتجهت الدراسات الغربية للفقه الإسلامى إلى

تبرير مسلك سلطات الاحتلال بإظهار الفقه الإسلامى بمظهر النظام التشريعى الذى لم يعد يلائم الظروف الاقتصادية والاجتماعية الحديثة ، وبالغ هؤلاء فى تصوير الفقه الإسلامى بالجمود والتخلف ووضعوا منتصف القرن الرابع الهجرى حداً لإغلاق باب الاجتهاد فى هذا الفقه وروج هذا كله عدد من كبار المستشرقين، من بينهم جولدتسهير ويوسف شاخت ، وكانت خلاصة موقف هذا الأخير :

[١] أن الفقه الإسلامى قدم فى الماضى نظاماً تشريعياً على قدر كبير من التطور والنضج •

[٢] أن النظم القانونية الغربية فى العصور الوسطى كانت تتسم بالتخلف والعجز إذا قورنت بما حققه النظام التشريعى الإسلامى آنذاك• ولذا استفادت هذه النظم الغربية بكثير من مفاهيم الفقه الإسلامى ومبادئه، بل وانتقلت إليها بعض مصطلحاته بشكلها العربى ، كلفظ صك الذى انتقل إلى اللاتينية وأصبح Cheue وكلفظ حوالة Aval وكلفظ سمسار Sensale •

[٣] لكن هذا الفقه فى تقدير شاخت قد استسلم لعوامل الضعف والتخلف بعد إغلاق باب الاجتهاد ونضوب مصادر تجديده• ولذا لم يعد يصلح للتطبيق فى ظل الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية السائدة فى العصر الحديث •

وقد تأثر برأى شاخت عدد غير قليل من المستشرقين الذين نقلوا هذه الآراء بدورهم إلى دوائر واسعة فى العالم الإسلامى والعربى•

غير أن هناك ما يدل على وجود تغيير لدى طائفة من المستشرقين وأساتذة الدراسات الفقهية فى الجامعات الغربية • يعبر عن هذا الموقف كولسون N.J.Coulson الذى كان أستاذاً للدراسات الفقهية بجامعة لندن وتوفى منذ بضعة أعوام• وخلاصة موقفه :

[١] لا تستطيع البلاد الإسلامية الاستمرار فى الأخذ بقوا

مستوحاة فى قسم منها من القوانين الأوروبية ، وفى قسم آخر من الشريعة الإسلامية، وهذا هو الوضع السائد فى أكثر البلاد الإسلامية.

[٢] لا يكمن الحل فى الأخذ بالصياغات الفقهية القديمة فى ظروف الحياة الحديثة.

[٣] يكمن الحل الصحيح فى تقدير كولسون فى الأخذ بنوع من التوفيق بين هذين الحلين المتعارضين أو فى «مفهوم للقانون بوصفه معياراً للسلوك والتعامل، يقوم فى أساسه على تلك المبادئ اليشرعية الثابتة التى لا يمكن تغييرها، دون إغفال مراعاة عامل التطور فى هذا الإطار، ويسمح أيضاً بتبنى تلك المعايير الوافدة التى قد يجد التفكير الفقهى الحديث أنها أولى بالأخذ من موروثاته المحلية الخاصة.

وتنهض هذه النظرية على ركيزتين: أولاهما: الدعوة إلى الأخذ بالمبادئ الثابتة الأزلية التى تعبر عنها الشريعة ، والاستمرار فى الأخذ كذلك من التفسيرات الفقهية السابقة بما يحقق المصالح الاجتماعية فى الظروف الحديثة . والأخرى: فتح الباب لتبنى المعايير والقواعد القانونية الحديثة التى يتضح أنها أكثر تحقيقاً للمصالح الاجتماعية من الاجتهادات الفقهية التقليدية. وتثير هذه النظريات قضية فلسفية على قدر من الأهمية هى قضية الأصالة والمعاصرة، ويقوم الحل الذى يدعو إليه كولسون على وجوب الأخذ بالمبادئ الثابتة الأزلية المتضمنة فى القرآن الكريم والسنة النبوية مع فتح الباب للتجديد فى الجانب الآخر المتطور . ويتعين على المشتغلين بالدراسات الفقهية والقانونية التعاون معاً لتحديد عناصر الأصالة والتجديد فى بنائهم التشريعى الجديد .

ويتفق هذا الموقف مع هذا التقدير المتزايد للفقه الإسلامى من قبل عدد من المستشرقين. يقول الفقيه الإيطالى سانتيلانا De D. Santillana من الأمور الإيجابية التى اكتسبناها من التشريع العربى ـ يقصد الإسلامى ـ هذه الأنظمة القانونية العديدة من مثل الشركات

المحدودة المسئولية (القراض) • وهذه الأساليب المتصلة بالقانون التجارى، وحتى لو نحينا هذا كله جانباً فمما لا شك فيه أن المعايير الخلقية الراقية لجوانب معينة من هذا التشريع قد ساعدت على إحداث التطوير المناسب لكثير من مفاهيمنا الحديثة، وفى هذا تكمن عظمة هذا التشريع الدائمة وينادى المستشار Robert H. Jackson قاضى المحكمة العظمى Court Supreme فى الولايات المتحدة الأمريكية بضرورة أن يتجه طلاب الدراسات القانونية فى الغرب إلى بذل جهد أوفر فى الاهتمام بالتشريع الإسلامى، نظراً لتزايد العلاقات التجارية والسياسية القائمة بين البلاد الإسلامية والبلاد الغربية •

وقد انتهت محكمة العدل الدولية الدائمة فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٨/٨/٢٣ إلى الإشادة بأحكام الشريعة الإسلامية والإشارة إلى أنها أحد الأنظمة القانونية الراقية فى العالم الحديث• وانتهى مؤتمر الفقه الإسلامى الذى انعقد بكلية الحقوق، جامعة باريس، عام ١٩٥١م إلى أن مبادئ الفقه الإسلامى لها قيمة تشريعية لا يمارى فيها وأن اختلاف المذاهب الفقهية فى هذا النظام القانونى العظيم ينطوى على ثروة من المفاهيم الفقهية وصناعة هى مناط الاعجاب ، يتيحان لهذا التشريع الاستجابة لمطالب الحياة الحديثة والتلاؤم مع حاجتها •

ويشير ميشيل دى توب إلى تأثير هذه الروح الإنسانية والخلقية التى جاء بها الإسلام وتجسدت فى فلسفته الفقهية وفضلها على أوروبا فى العصر الوسيط، حيث يذكر ما كانت تعانيه البشرية من بؤس وتعاسة فى القرن العاشر الميلادى، وأن العالم الإسلامى قد ساعد فى اتجاه «إفراغ الإنسانية الصحيحة على البشرية البائسة، وهى مساعدة يجب أن ينظر إليها بعين التقدير البالغ باعتبارها أسمى مما تم فى أوروبا الرومانية والجرمانية والبيزنطية خلال القرون الوسطى• لذا استفاد العالم الأوروبى من الإسلام فوائد جمة بعيدة المدى» • ويشير هذا الباحث بتقدير خاص إلى القواعد التشريعية الإسلامية الرامية إلى تخفيف وطأة الحروب

والتقليل من آثارها على غير المقاتلين •

وفى رأى ميشيل دى توب أن هذه التشريعات أسبق بأمد طويل على الأفكار والمبادئ القانونية المماثلة التى بدأت تشق طريقها خلال الهمجية التى استولت على الحياة الدولية الأوروبية فى القرن الثالث عشر، مما يدل على أثره على القواعد الأساسية فى القانون الدولى الأوروبى• •

ويجب أن نلفت النظر إلى أن عدداً من المؤلفات المطولة فى تاريخ التشريع الإنجليزى تشير فى مناسبات متكررة إلى العلاقة بين المفاهيم التشريعية الإسلامية وبين المبادئ القانونية الغربية المماثلة لهذه المفاهيم ، مما ينبغى أن يكون محل دراسة خاصة لتحديد دور الفقه الإسلامى فى استنهاض التفكير القانونى العالمى وتطويره •

سابعاً - رأى عبد الرزاق السنهورى

هو أكبر قانونى أنجبته الأمة العربية فى هذا القرن نظراً لاسهاماته الوافرة فى صياغة عدد من القوانين المدنية العربية• ويتفوق دوره بكثير على الدور الذى قام به Black Stone فى تطوير التفكير القانونى فى أمريكا• وإنما استحق عبد الرزاق السنهورى هذه المكانة لإصراره على وجوب الاعتراف للشريعة الإسلامية بصلاحية التطبيق فى العصر الحديث، ولدعوته القوية إلى وجوب صياغة نظم قانونية مستمدة من أحكام هذه الشريعة • يتضح هذا من قوله فى مذكرة أعدتها لجنة تعديل القانون المدنى: «إن مصر إذا أرادت أن تضع لنفسها ولأهل العروبة قانوناً يضارع أحدث قوانين العالم، بل يسمو عليها، كان لزاماً عليها أن تتجه إلى ثروتها التشريعية وتراثها المجيد المتمثل فى الشريعة الإسلامية» •

وفى مذكرات هذا الفقيه الذائع الصيت إشارات متكررة إلى حلمه بالعمل على تقنين أحكام الفقه الإسلامى على نحو ييسر

الأخذ به والرجوع إليه، واللافت للنظر أن هذا الفقيه يعبر عن هذه الرغبة خلال مراحل حياته المختلفة منذ كان شاباً لم يتجاوز السابعة والعشرين من عمره. ومما يعبر عن حلمه هذا الذى ينبغى أن يستشعر وجوبه كل مخلص لذاته ومجتمعه وأمته ودينه ـ قوله وهو فى الثامنة والعشرين تقريباً : «وددت لو خدمت القانون فى شيئين أن أصل فى الشريعة الإسلامية حبل الماضى بالحاضر، وأن أضع شرحاً للقانون المصرى يشمل الأحوال الشخصية ويسدد بعض النقص الذى يشعر به رجال القانون فى مصر من عدم وجود مؤلفات كافية فيه».

ولعل دافع السنهورى إلى حلمه باتخاذ قانون مستمد من الشريعة الإسلامية هو إحساسه برقى التفكير الفقهى وملاءمته للمصالح الاجتماعية فى بلادنا على نحو أفضل من أى نظام قانونى آخر. ولا شك فى أننا بحاجة الآن أكثر من أى وقت مضى إلى تضافر الجهود لتحقيق هذا الهدف الذى تجتمع عليه القلوب وتتلاقى حوله الإرادات لتحقيق النهضة الاجتماعية والقانونية التى يسعى الجمعى إليها.

وإنما يتحقق هذا الهدف بالتمييز بين الدراسات الفقهية الواقعية التى تستهدف الوصول إلى صيغة عملية قابلة للتطبيق وبين الدراسة التاريخية التى يضطلع بها علم تاريخ التشريع الإسلامى والتى تهدف إلى التعرف على الصيغ المختلفة لتطبيقه فى العصور التاريخية المختلفة، وتحديد ملامح تطور هذا الفقه.

ثامناً ـ منهجية تاريخ التشريع الإسلامى

على الرغم من كثرة علوم الفقه الإسلامى التى تناولت ظواهره المتنوعة، فإنه لم يبرز من بينها علم يختص بدراسة تاريخ التشريع الإسلامى ومراحل تطوره . ولا ينفى هذا أن كثيراً من ظواهر هذا العلم كانت محل دراسة عدد من الكاتبين الذين تعرضوا لكثير من هذه الظواهر فى ثنايا الكتب الأدبية والتاريخية العامة أو كتب الطبقات أو فى

إشارات سريعة تقتضيها المناسبات والسياقات •

وقد اجتمع فى معالجة ابن خلدون لعدد من الظواهر التاريخية الفقهية التنسيق العلمى والقدرة على استنباط ما تدل عليه هذه الظواهر من نتائج إلى حد يجعلنى أحس بأن بذرة هذا العلم كانت على وشك أن توضع ، ويصدق هذا نفسه على ما أورده الشهرستانى فى الملل والنحل من ملاحظات عن التطور الفقهى •

ويحار المرء فى تفسير إغفال الفقهاء علم تاريخ التشريع الإسلامى وتطوره على الرغم من شغفهم الواضح بإفراد الظواهر المتميزة فى التفكير الفقهى بعلوم خاصة • من ذلك وضعهم علم الشروط الذى يدل على كيفية كتابة الوثائق والعقود وأساليب تقييد اتفاقات المتعاقدين على نحو يحفظ حقوقهم عند التنازع أو الخلاف• ويدل على شغفهم هذا وضعهم علم الخلاف الذى يتعلق بمعرفة القواعد الضابطة وأسباب تنوع الآراء الفقهية على نحو يكاد يعد إرهاصاً للدراسات الفقهية المقارنة، وقد وضعوا كذلك علوماً فقهية متمايزة كعلم أصول الفقه وعلم قواعد الفقه وعلم مقاصد الشريعة وعلم غريب الفقه الذى يتناول المصطلحات الفقهية التى يصعب فهمها بالشرح والتفسير ، وعلم الفروق والأشباه والنظائر وما إلى ذلك •

ولا يصح تفسير إغفال الفقهاء هذا الجانب من ظواهر الدراسة الفقهية بغفلتهم عن أهميتها أو بعدم حاجتهم لها أو بنفورهم من التتبع التاريخى الذى يستلزم الاعتراف بتطور المفاهيم الفقهية • إن أيا من هذه التفسيرات غير صحيح، لأن الفقهاء قد اعترفوا بوضوح بتأثير اختلاف الأزمنة والظروف الاجتماعية فى الأحكام الشرعية، ولا يتسق اعتراف الفقهاء بالتطور مع تفسير إغفالهم لإبراز علم تاريخ التشريع الإسلامى بمعاداتهم لفكرة التطور وتغير المفاهيم الفقهية والأحكام الشرعية•

ومن الواضح كذلك أنه لا يصح تفسير عدم ظهور علم تاريخ

التشريع الإسلامى الى حيز الوجود قبل القرن الأخير، بنقص المعلومات التاريخية عن التطور الفقهى لدى الفقهاء فى الماضى • يدلل على خطأ هذا الافتراض أن أكثر معلوماتنا عن التاريخ الفقهى مما هو مدون فى مؤلفاتهم•

ومهما يكن نصيب هذه الافتراضات من الصحة فى تفسير أسباب إغفال الفقهاء إبراز تاريخ التشريع الإسلامى بعلم خاص يستقل به عن غيره من العلوم الفقهية ، فإن هذا العلم لم يبرز إلاّ فى العصر الحديث نتيجة للتطور المنهجى فى دراسة العلوم الإسلامية والعربية والتأثر بالمناهج الغربية فى دراسة الأدب والاهتمام بتواريخ العلوم•

ويجب النظر إلى ظروف نشأة علم تاريخ التشريع الإسلامى فى العصر الحديث، وتزامن هذه المنشأة مع ظهور علمى تاريخ الفلسفة وتاريخ الأدب• فالذى يغلب فى الذهن أن الأسباب التى أدت إلى نشأة هذه العلوم المتشابهة واحدة، على الرغم من اختلاف موضوعاتها• ومرة أخرى فإن الحاجة قد مست إلى إبراز علم تاريخ التشريع الإسلامى نتيجة التطور المنهجى المتأثر بالمناهج الغربية فى دراسة تواريخ العلوم•

ورأى كولسون فى تحديد أسباب نشوء علم تاريخ التشريع الإسلامى فى العصر الحديث، أن هذا العلم قد برز إلى الوجود بالقوة التى برز بها فى هذا العصر نتيجة لأمرين :

[١] أبحاث يوسف شاخت فى كتاب Origins of Mohammadan Law الذى أثبت فيه أن النظرية الأصولية الفقهية كانت نتيجة عملية تاريخية معقدة استغرقت قريباً من ثلاثة قرون •

[٢] تغير مفهوم الفقه الإسلامى بعد هذه التطورات القانونية والتشريعية التى حدثت فى البلاد الإسلامية فى العصر الحديث والتجديدات القانونية فى مجالات الأحوال الشخصية وغيرها• ويقوم هذا المفهوم الجديد على النظر إلى الفقه على أنه محاولة مستمرة

لتفسير النصوص التشريعية المتضمنة فى القرآن الكريم والسنة النبوية تفسيراً يستهدى الواقع العملى ويحقق الاستجابة للمصالح الاجتماعية٠

وفى رأى هذا المستشرق أن مفهوم علم تاريخ التشريع كان مفهوماً غريباً على عقل الفقهاء المسلمين قبل حدوث هذين التطويرين٠

ولا يصح التعليل لبروز علم تاريخ التشريع الإسلامى فى العصر الحديث بأى من هذين العاملين للأسباب التالية :

[١] كان النظر إلى الفقه على أنه محاولة مستمرة لتحقيق المصالح الاجتماعية قبل العصر الحديث ٠

[٢] لا يتسم هذا المفهوم بالجدة ، فقد اتضح مما سبق أن مفهوم الارتباط بين التفكير الفقهى وبين الواقع الاجتماعى ليس مفهوماً غريباً على الفقهاء المسلمين ٠ يدل على وجود هذا المفهوم لديهم الالتفات إلى الأمور التالية :

أ- نظرهم إلى الأحكام الشرعية على أنها تتغير بتغير الزمان والمكان والظروف ٠ وقد أوضح ابن القيم قاعدة تغير الأحكام واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد، وأقام هذا المبدأ على الأساس الذى يقوم عليه وهو المصالح الاجتماعية، وهو يذكر أن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد فى المعاش و المعاد٠ وهى عدل كلها ورحمة ومصالح كلها٠ ومما يوضح ذلك فيما يذكره ابن القيم أنه لا يسوغ الإنكار على مرتكب المنكر إذا كان هذا الإنكار يؤدى الى الشرور والفتن ، وأن النبى ﷺ نهى أن يقام الحد فى الغزو منعاً من المفاسد التى قد يحتمل حدوثها فيما لو أقيم الحد فى ظروف المعركة والانشغال بها٠ وكذا فإن النبى ﷺ قضى بإسقاط الحد عن رجل اعترف بجريمته فى قضية المرأة التى اغتصبها هذا الرجل فى

سواد الصبح ، وقد تمكن من الهرب بعد استغاثة المرأة بالمارة الذين اسرعوا فى طلبه والقبض عليه، ولكنهم قبضوا على شخص آخر جرى منهم حينما استشعر تشككهم فيه • وشهدت المرأة والرجال الذين قبضوا على هذا الشخص بأنه هو الذى ارتكب جريمة الاغتصاب بسبب إمعانه فى الهرب فحكم عليه النبى ﷺ بالحد• لكن الرجل الذى اغتصب المرأة قد استبد به الندم حينما رأى غيره يؤخذ بجريرته ظلما فتقدم للاعتراف بجريمته، فلم يعاقبه النبى ﷺ عقوبة الحد قائلاً : إنه قد تاب إلى الله ، فدل على أنه لن يعود إلى ارتكاب مثل هذا الجرم• ومن جهة أخرى فإن فى تخفيف العقوبة عنه فى مثل هذه الظروف نوعاً من التشجيع على الوصول إلى العدالة ، وهو ما تسعى إليه القوانين بصورة متنوعة •

ب ـ الاعتراف بالمصالح والأعراف والاستحسان وسد الذرائع وفتحها ضمن الخطة الأصولية للاجتهاد والكشف عن الحكم الشرعى•

ج ـ الاعتراف بوجوب الاجتهاد لضبط أحكام النوازل والوقائع المتجدد حدوثها فى المجتمع •

[٣] لم تؤثر أبحاث يوسف شاخت فى إقامة علم تاريخ التشريع عند المسلمين، فقد ألف محمد الخضرى بك كتابه عن تاريخ التشريع الإسلامى قبل ظهور هذه الأبحاث، وعنوان كتابه هذا هو «تاريخ التشريع الإسلامى» • وقد عبر هذا العالم الكبير فى مقدمة كتابه عن أن « آراء الفقهاء ... وإن كانت مستندة إلى الكتاب والسنة ... هى نتيجة لأفكار تأثرت بمؤثرات مختلفة تبعاً للعصور التى وجدت فيها والطوابع النفسية لكل فقيه » • وتكشف هذه العبارة التى لم تثر اعتراضاً من أحد عن قضية التكامل بين جناحى الفقه الإسلامى : فهم الواقع وفهم النصوص•

والحاصل من هذا كله أن مفهوم تاريخ التشريع ليس

مفهوماً غريباً على التفكير الفقهى الإسلامى ، وأن علم تاريخ التشريع الإسلامى لم يبرز فى العصر الحديث عند المسلمين نتيجة أبحاث يوسف شاخت التى لعلها أثرت فى النهوض والإرتقاء بهذا العلم لدى المستشرقين ، وإن لم يلحظ المتتبع لها تأثيراً من أى نوع لدى الباحثين المسلمين. وكذلك فإ التطورات القانونية فى العالم الإسلامى لم تسهم فى ولادة علم تاريخ التشريع الإسلامى ، طبقاً لما ذهب إليه المستشرق كولسون فيما قدمه من انطباعات لا دليل عليها .

الوظيفة والأهداف :

وظيفة علم تاريخ التشريع الإسلامى هى متابعة تطور التفكير الفقهى فى العصور المختلفة لمعرفة القواعد التى حكمت هذا التطور فى الماضى وتحكمه ففى الحاضر والمستقبل .

وسيظل علم تاريخ التشريع الإسلامى مجرد ذكريات عن الماضى العظيم لأسلاف قاموا بواجبهم فى ضبط أحوال مجتمعهم ما لم يتجه هذا العلم إلى فهم ظواهر التطور التى مر بها التفكير الفقهى والتعرف على قواعد وآليات هذا التطور. لقد واجه المسلمون الأوائل واقعهم الاجتماعى بعيون مفتوحة عليه وعلى النصوص، واستطاع قضاة الصحابة أن يقدموا أحكاماً قضائية كانت محل إعجاب الأجيال التالية لهم، ونجحوا فى السيطرة على هذا الواقع وضبطه ، ولعل مركز الدائرة فى عملهم هو التوجه إلى مقاصد الشريعة وإعمالها حسبما يتضح فيما بعد. أما فى العصور التالية فقد تراكمت الخطط التفصيلية للنظريات الأصولية والفقهية على نحو أدى إلى الاختفاء التدريجى لمناهج قضاة الصحابة وفقهائهم وإحلال مناهج مضبوطة ضبطاً معيارياً، حتى خلا المنطق الفقهى من الحرارة أحياناً، كما اتسم بمجافاة المصالح والمقاصد الشرعية فى أحيان أخرى، ومع هذا فقد ظل الاستمساك بمقاصد الشريعة فى حفظ المصالح الاجتماعية هو العصا التى تلقف ما يطرأ على

سطح التفكير الفقهى من جمود أو شكلية •

ويؤدى استخلاص قواعد التطور على نحو مجرد إلى تيسير التعرف على أساليب مواجهة المشكلات التشريعية الواقعية• وعلى سبيل التوضيح فقد نعت الفقه الإسلامى بشيوع التقليد وسيطرة الجمود منذ منتصف القرن الرابع الهجرى، وأدى هذا إلى اعتبار إعادة فتح باب الاجتهاد شرطاً سابقاً على التفكير فى استمداد قوانين شرعية تطبق فى المجالات المختلفة • ومن ثم فإن فهم التاريخ الفقهى على نحو معين هو الذى سوغ طرح قضية تطبيق القوانين الشرعية على هذا النحو •

وتتمثل وظيفة علم تاريخ التشريع الإسلامى فى الربط بين الاجتهادات الفقهية وبين الواقع الاجتماعى بما ييسر فهم النصوص والاجتهادات الفقهية • وعلى سبيل التوضيح فإننا لا نستطيع فهم الآراء الفقهية القاضية بحرمة أو كراهية التعامل بالسفتجة (الكمبيالة) ما لم نفهم صور التعامل التاريخية بهذه الورقة التجارية • وذلك أن السفتجة كان معناها اتفاق طرفين على إعطاء أحدهما مقداراً من المال، كألف، للآخر فى مكان معين كبغداد على أن يتم تسليم هذا المال لصاحبه أو من يعينه فى مكان آخر بعيد كالقاهرة ، لكن إصرار أصحاب الأموال على تأمين أموالهم المنقولة من مكان إلى آخر جعلهم يفضلون اللجوء إلى عقد القرض، بحيث ينتقل الضمان إلى ذمة الناقل ولا يبرأ إلاّ بأداء المال إلى الجهة المتفق عليها• أما لو اتخذ الاتفاق شكل إجارة على نقل المال من بغداد إلى القاهرة، كما فى هذه الصورة، فإن الناقل لا يضمن تلف المال أو سرقته ما لم يكن متعدياً أو مهملاً• ولذا فضل أصحاب الأموال صورة الاتفاق على القرض تغليظاً لمعنى الضمان، وهو ما كرهه كثير من الفقهاء، وقضى بعضهم بتحريمه، لاختلال التوازن بين حقوق المتعاملين بالسفاتج (المحرر ـ المستفيد ـ الآمر) •

ويجب أن يضطلع علم تاريخ التشريع الإسلامى بدور آخر على قدر كبير من الأهمية فى فهم الوضع القانونى الراهن، وذلك عن طريق

الربط بين الاجتهادات الفقهية وبين القواعد القانونية والأحكام القضائية الحالية مما عساه أن يلقى مزيداً من الضوء على الواقع التشريعى المعاصر. وفى اعتقادى أن علم تاريخ القانون يجب أن يشارك علم تاريخ التشريع الإسلامى القيام بهذا الدور، بدلاً من التركيز على تواريخ أنظمة قانونية لم تسهم على أى نحو فى تكوين النظام القانونى السائد، والاختصار أن علم تاريخ التشريع الإسلامى يجب أن يقوم بالأدوار التالية :

* استخلاص قواعد التطور التى حكمت التفكير الفقهى.
* تحديد أساليب ومناهج التعامل مع المشكلات التشريعية الراهنة.
* فهم الاجتهادات الفقهية السابقة.
* الربط بين هذه الاجتهادات وبين الواقع التشريعى فى وضعه الراهن.

المنهج وخطط الدراسة :

إذا اتضحت أهمية الأدوار والوظائف التى يجب أن يضطلع بها علم تاريخ التشريع على هذا النحو ، فإن التفكير فى مناهج هذا العلم مما يجب أن يحظى بعناية الباحثين والمؤرخين القانونيين ، خاصة وأن علم تاريخ التشريع الإسلامى قد جاوز سذاجة النشأة الأولى بعد تراكم الدراسات فيه واجتماعها فى العقود الخمسة الأخيرة. ومن المقبول فى المنطق أن تنصرف هذه العناية الواجبة إلى أمرين : الأول : وصف المناهج وخطط الدراسة المتبعة وإبراز ما قد يتجه عليها من انتقادات ، والثانى: تقدير الخطط والمناهج الواجبة الاتباع.

أما بالنسبة للأمر الأول فيلاحظ اتجاه مؤلفات تاريخ التشريع الإسلامى إلى اتباع منهج يقوم على تقسيم مراحل التطور التى مر بها الفقه الإسلامى إلى المراحل التالية.

أولاها ـ مرحلة النشأة وإرساء أسس النظام التشريعى الذى جاء به

الإسلام، وذلك فى فترة النبوة ونزول الوحى ٠

والثانية: مرحلة النمو والتكوين التى تضم عصر الصحابة والتابعين وتابعيهم، وتنتهى بنهاية الدولة الأموية ٠

الثالثة ـ مرحلة النضج والازدهار التى تشتمل على العصر العباسى الأول، وهى الفترة التى شهدت نشأة المذاهب الفقهية المعروفة ٠

الرابعة ـ مرحلة التقليد والجمود والتأخر التى بدأت بنهاية العصر العباسى واستمرت حتى سقوط بغداد على يد هولاكو سنة ٦٥٦هـ٠

والخامسة ـ ويطلق عليها مرحلة الضعف والانحطاط، وتبدأ هذه المرحلة بسقوط بغداد وتستمر إلى أواخر القرن الثالث عشر الهجرى (التاسع عشر الميلادى) ٠

والسادسة ـ هى المرحلة التى يطلق عليها مرحلة اليقظة الفقهية والدعوة إلى الإصلاح والنهوض ٠

ولا يختلف التقسيم السداسى المألوف فى الدراسات التاريخية للتشريع الإسلامى عن التقسيم السداسى الآخر المتبع فى دراسة تاريخ الأدب العربى الذى يجرى الكلام فيه عن العصر الجاهلى وصدر الإسلامى والعصر العباسى الأول، والعصر العباسى الثانى وعصر الضعف السائد أيام المماليك والأتراك ثم عصر الإحياء الحديث الذى بدأ من أواخر القرن الماضى ٠

ولا يسلم هذا التوازى بين الأدب والفقه فى دراسة تاريخيهما، لاختلاف الظاهرة الأدبية عن الظاهرة التشريعية ، حيث يعتمد تقدم الأدب وازدهاره على ظهور النوابغ من الشعراء والأدباء الذين لا يخضعون فى ظهورهم لمعايير معينة، بخلاف الفقه الذى تتفق حركته مع حركة المجتمع، ويستمر تطوره بتطور المجتمع، ولا يتصور جمود هذا الفقه طالما استمر تطبيقه فى مجتمعه٠ ولعل هذا يوضح عيوب استخدام المنهج التاريخى الأدبى فى دراسة تاريخ الفقه الإسلامى٠

وقد ترتب على استخدام الإطار المنهجى العام لتاريخ الأدب العربى عدد من الأخطاء فى دراسة تاريخ الفقه الإسلامى من بينها :

[١] رمى الفقه الإسلامى بالضعف والجمود فى الفترة التى حكم فيها المماليك والأتراك أسوة بما حدث فى مجال الأدب العربى. ويكثر الاستدلال على هذه النتيجة فى تاريخ التشريع الإسلامى بالإشارة إلى مقولة نسبت لأحد الأئمة الأحناف وهو الكرخى المتوفى سنة ٣٤٠هـ. ومفاد هذه الإشارة وجوب حمل الآيات والأحاديث المخالفة لاجتهادات أئمة المذهب الحنفى على النسخ أو على التأويل توفيقاً بين الاجتهادات والنصوص. و وجه الاستدلال بهذه المقولة أن الكرخى يحكم أقوال علماء المذهب فى تفسير النصوص وفهمها وترجيح نسخها، مما يعنى أن الفقيه لا يجتهد فى فهم النصوص على نحو مباشر، وإنما يقترب منها بواسطة ما انتهى إليه علماء المذهب. ولا يتعين هذا الفهم بعمومه، فقد يحمل كلام الكرخى على الرغبة فى تنزيه علماء المذهب الحنفى وأئمته عن مخالفة النصوص أو الجهل بها وكأنه يريد أن يقول إن ما قد يظهر من تعارض بين آراء علماء المذهب وبين ما قد ينسب إلى النبى ﷺ فمحمول على أن أئمة المذهب قد رأوا تضعيف الحديث المروى إن ثبت الحكم بضعفه أو الجمع بينه وبين غيره، لا أنهم عرفوه وخالفوه إلى ما اجتهدوا إليه. وإنما لم يصح الاستدلال بهذه العبارة على قصد الكرخى إلى إغلاق باب الاجتهاد لأن الكرخى نفسه كان معدوداً من المجتهدين القادرين على حل المسائل التى لا نص فيها على حسب أصوله ومقتضى قواعده. ومن جهة أخرى فلم يثبت أن الفقه الإسلامى قد توقف فترة تطبيقه عن القيام بمسئولياته وليانه فى إقرار العدالة فى الظروف الاجتماعية المختلفة، ولا يحتفظ التاريخ بأية حالة تدل على توقف أحد القضاة المسلمين فى الحكم فى قضية من القضايا. وقد ظلت أحكام هذا الفقه موضع التطبيق فى العالم الإسلامى حتى فرضت القوى الغربية استبعاده. ولذا فإن الفقه الإسلامى لم يتوقف عن الحركة والتطور واستيعاب تيار الحياة

الاجتماعية لأسباب ذاتية نابعة من داخله، وإنما أجبر على التوقف لأسباب خارجية ترجع إلى تسلط القوى الغربية على البلاد الإسلامية فى العصر الحديث.

[٢] وصف المرحلة التى توقف فيها الفقه الإسلامى عن التطبيق بأنها مرحلة بعث الفقه الإسلامى وإحيائه ونهضته اعتماداً على بروز عدد من الظواهر الفنية والمنهجية التى لا تحقق بعثاً لنظام قانونى. وأهم هذه الظواهر التى يشار إليها فى الاستدلال على هذا البعث: إنشاء أقسام الشريعة بكليات الحقوق، وظهور الدراسات المقارنة ، والدعوة إلى فتح باب الاجتهاد، والاتجاه إلى التقريب بين المذاهب، وعقد المؤتمرات الدولية لدراسة الفقه الإسلامى، وإصدار التوصيات الداعية إلى الإفادة من هذا النظام القانونى الراقى. ولا تعدل هذه الظواهر مجتمعة وضع الفقه الإسلامى موضع التطبيق، فهذا وحده هو الذى تتوقف عليه صحة هذا الفقه أو مرضه وحياته أو موته أو بعثه أو جموده. إن المرحلة الحالية التى يمر بها الفقه الإسلامى هى مرحلة الأزمة والضعف والجمود التى لم يشهد لها مثيلاً من قبل، ولا خروج منها إلاَّ بإعداد العدة للعودة إلى وضعه مرة أخرى موضع التطبيق، وإنما أتى وصف هذه المرحلة بأنها مرحلة بعث ونهضة وازدهار تأثراً بإطلاق هذه الأوصاف والنعوت على هذه المرحلة الحديثة من تاريخ الأدب العربى على الرغم من الفروق الضخمة الواضحة بين كل من طبيعة الدراسات الأدبية والدراسات الحقوقية التشريعية .

[٣] الوقوع دون قصد فى تبرير استبعاد أحكام الفقه الإسلامى من التطبيق، وذلك بادعاء جموده وضعفه فى الفترة السابقة على العصر الحديث والتى امتدت من منتصف القرن الرابع الهجرى إلى نهاية القرن التاسع عشر .

[٤] إغفال آليات التجديد وأدوات التطوير التى اعتمد عليها التفكير الفقهى فى ملاحقة الواقع والاستجابة للمصالح الحيوية

للمجتمعات الإسلامية• ويكفى تجاهل الجهود التشريعية التى قدمها المسلمون فى عصور المماليك والأتراك فى المؤلفات المتعلقة بتاريخ التشريع الإسلامى ، ولا يقود هذا التجاهل إلى هضم الجهود التشريعية فى هذه الفترة حقها من التقدير فحسب وإنما يؤدى إلى اهتزاز الصورة التى يقدمها المؤرخ لمسيرة الفقه الإسلامى وتطوره• ويجب أن أقرر من الآن أن ما حققته الدولة العثمانية من جهود تشريعية لا يقل بحال عما قدمته الدولة العباسية فى عصرها الذهبى •

تقدير المنهج المقترح :

إذا اتضحت عيوب المنهج السائد فى الدراسات التاريخية للتشريع الإسلامى على هذا النحو، فإن من الواجب الأخذ فى هذه الدراسات بمنهج تتوافر فيه الشروط التالية :

(١) عدم التأثر بمقولات أو افتراضات سابقة تقررت فى ملاحظة الظواهر الخاصة بأى علم آخر، ويجب التفريق لهذا بين ما تقرر فى علم تاريخ الأدب وما يؤخذ به فى علم تاريخ الفقه •

(٢) العناية بمراحل التطور الفقهى المختلفة، والنظر إليها نظرة متساوية ، بحيث لا يجرى تضخيم مزايا إحداها وتجاهل الأخرى •

(٣) الالتفات إلى ما يجرى فى المرحلة الحاضرة من جهود تشريعية وقضائية على مستوى العالم الإسلامى كله، لتقويم هذه الجهود من جهة، وللتعرف على ما سوف تقود إليه فى المستقبل •

(٤) العمل على فهم العلاقة بين التطور الفقهى وبين الظروف الاجتماعية للبلاد الإسلامية فى مراحل التطور الفقهى •

مراحل التطور:

تجرى هذه الدراسة على التمييز بين مراحل التطور التالية :

الأولى : مرحلة النشأة التى نزلت فيها مبادئ الشريعة الإسلامية

على النبى ﷺ وأسند إليه العمل على تطبيقها فى المجتمع الإسلامى بعد تأسيسه فى المدينة، وهذه هى فترة النبوة •

الثانية : مرحلة التكوين ونشأة المدارس الفقهية فى الأمصار الإسلامية، كمدرسة الكوفة ومدرسة المدينة ومدروسة الشام ومدرسة مصر• وهذه هى فترة الصحابة وتابعيهم الذين وقع عليهم عبء وضع هذه الأحكام والمبادئ موضع التطبيق فى مجتمع كانت له ظروفه المتميزة والمختلفة عن ظروف المجتمع الإسلامى فى فترة النبوة •

الثالثة: مرحلة النضج والارتقاء التى بدأت بنشأة المذاهب الفقهية وشهدت تدوين الاجتهادات فى هذه المذاهب فقهاً وأصولاً•

الرابعة: مرحلة التقليد وشيوع الانتساب لمذهب من المذاهب الفقهية المشهورة• وقد مهدت هذه المرحلة للمرحلة التى تليها وشاركت فى الوصول إليها •

الخامسة: مرحلة الأزمة والضعف التى مر بها الفقه فى العصر الحديث، ومحاولات الخروج من هذه المرحلة، وإنما بدأت هذه الفترة باستبعاد الفقه الإسلامى من التطبيق وإحلال قوانين مستمدة من القوانين الغربية محله• وتجدر العناية بمعالجة التجارب التشريعية التى تشهدها البلاد الإسلامية فى العمل على تطبيق قوانين مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية واجتهادات فقهائها باعتبارها نوعاً من العمل على الخروج من مرحلة الأزمة والضعف •

وقد اخترت لكل مرحلة من هذه المراحل عنوانا يبرز أهم خصائصها وأبرز أنشطتها ، فالمرحلة الأولى هى مرحلة النشأة أو فترة النبوة، والمرحلة الثانية هى مرحلة التكوين أو نشأة المدارس الفقهية فى الأمصار الإسلامية، والثالثة هى مرحلة الارتقاء والنضج ونشأة المذاهب الفقهية المتبعة ، والرابعة هى مرحلة التقليد التى شاع فيها الانتساب لمذهب من المذاهب على مستوى العمل القضائى أو التطبيق الفردى أو

التفكير الفقهى على حين شهدت المرحلة الأخيرة الممتدة إلى أيامنا حالة أزمة الفقه الإسلامى والاستمداد من القوانين الغربية ، مع محاولات الخروج من هذه الأزمة بصياغة المناهج اللازمة للعودة إلى تطبيق صيغة فقهية تلائم التطور وظروف المجتمع الإسلامى فى العصر الحديث.

ولعل هذا التقسيم أن يكون أوفق من التقسيمات الأخرى المتأثرة بالدرس الأدبى أو بغيره من العلوم الأخرى.

* *

الفصل الثانى

التشريع فى مرحلة النبوة

العرب قبل البعثة :

كان للعرب قبل البعثة أعراف تضبط علاقاتهم الاجتماعية المتنوعة ، سواء فى مجال الأسرة أو المعاملات التجارية والمدنية أو مجال العقوبات والجنايات• غير أن وحدة المجتمع كانت هى القبيلة التى أسندت أمر تطبيق هذه الأعراف إلى شيخها ، وهو ما أدى إلى عدم تطور هذه الأعراف إلى مستوى النظم القانونية ، كما أن تألف المجتمع من وحدات متنافرة هى القبائل مسئول عن كثير من الخشونة والفظاعة التى اتسمت بها هذه الأعراف •

وتتجلى هذه الخشونة على وجه الخصوص فيما يتعلق بتنظيم شئون الضعاف فى المجتمع ، وهم الصغار والنساء ، يوضحه أن المرأة والصغير لم يكن لهما حظ فى الميراث ، بل كانت المرأة نفسها موضوعاً للميراث طبقاً لما كانت تقضى به هذه الأعراف •

وقد شهد مجتمعا مكة والمدينة نوعاً من التطوير لهذه الأعراف لأسباب مختلفة ؛ حيث كانت لمجتمع مكة علاقات تجارية واسعة بحضارات الفرس والروم على حين اشتمل مجتمع المدينة على جالية ضخمة من اليهود الذين أشاعوا فى هذا المجتمع تعاليم الدين اليهودى وأخلاقه على نحو أثر فى ترقية الأعراف الضابطة للتعامل •

١ - القرآن الكريم

التشريع المكى والمدنى :

استمر النبى ﷺ يدعو الناس إلى الإسلام ثلاثاً وعشرين عاماً منذ سنة ٦١٠ حتى سنة ٦٣٣م ، أمضى ثلاث عشرة سنة منها فى مكة ، ونحواً من عشر سنين فى المدينة ، ويفرق لهذا من الناحية التشريعية فى عصر النبوة بين كل من التشريع المكى والتشريع المدنى •

أما التشريع المكى حسبما يلحظ من آيات القرآن الكريم وسوره التى نزلت على النبى ﷺ قبل هجرته إلى المدينة فيتميز بالسمات التالية:

١ - إقامة الأساس العقدى والأخلاقى للمجتمع الإسلامى ، وتدور أكثر الآيات المكية لهذا على الدعوة إلى الإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله والتنفير من الشرك ومعرفة أحوال الآخرة من الحساب والجنة والنار•

٢ - الدعوة إلى الخير وفضائل الأعمال على نحو عام كالحض على الصدقة والأمر بإقامة العدل ، وتحريم الظلم وأكل مال اليتيم والإسراف والبغى ونقص المكيال والميزان ومنع الفساد فى الأرض وما دار بهذا المعنى•

٣ - إرساء عدد من التشريعات العملية التى لها مساس بالعبادات كالصلاة والصدقة •

٤ - التمهيد للتشريعات المدنية ببيان المصالح الكلية والمقاصد العامة للتشريع •

وهذا هو معنى ما يقرره الشاطبى بقوله: «إذا رأيت فى المدنيات أصلاً كلياً فتأمله تجده جزئياً بالنسبة إلى ما هو أعم منه أو تكميلاً لأصل كلى» . ويوضحه أن الشرع فى الفترة المكية قد نهى عن قتل النفس التى حرم الله قتلها إلا بالحق ، وذم الوأد للبنات فى قوله (وإذا الموءودة سئلت بأى ذنب قتلت) ، وجاءت الآيات المدنية فيما بعد لتبنى على هذا الأساس وتفصله بشرع القصاص فى النفس وفيما دونها وبالتفريق بين العمد والخطأ وبما يدور حول هذا .

التشريع فى المدينة :

أما بعد الهجرة وإقامة الدولة الإسلامية فقد نزلت الآيات التى تكمل وتفصل ما بدأه التشريع المكى ، سواء بتحديد مقاصد الشريعة والمصالح التى أرادت الحفاظ عليها أو بتحديد المنهج الأصولى الذى يلزم الرجوع إليه فى استنباط الحكم الشرعى أو بشرع القواعد العامة وتحديد الأحكام التفصيلية لبعض النظم التشريعية . وفى هذا كله عنى القرآن بهدم الأعراف الظالمة ووضع تشريعاته العادلة .

السمات العامة للتشريع القرآنى :

تتسم التشريعات القرآنية بالسمات العامة التالية :

١ – إحاطة النصوص التشريعية القرآنية بالأحكام اللازمة لضبط الحياة الاجتماعية وصياغة المسلم لأنشطته الفردية وفق ما أراده الشارع .

٢ – تيسير إقامة نظام تشريعى كامل يستجيب للمصالح الاجتماعية ؛ فقد ضمن وجود هذه النصوص والأسس التشريعية لفقهاء الصحابة أن يقوموا بعملهم الفذ بعد وفاة النبى ﷺ دون إبطاء ولا تأخير رغم اتساع مجتمعهم على نحو مفاجئ وتعقد المشكلات العملية فيه وكثرة الأجناس والشعوب التى يضمها . إن هذه الظروف التى واجهها فقهاء الصحابة والغاية التى عملوا لها ، وهى ضبط الواقع الاجتماعى وفق ما جاءت به النصوص ، والنجاح الذى دان لهم فى

القيام بواجبهم من الأمور التى لم تتكرر فى التاريخ الإنسانى والتشريعى وهو ما يلفت النظر إلى هذه الحيوية التى نعمت بها النصوص الشرعية٠

٣ – ترقية التفكير القانونى السائد ، وذلك بنقض كثير من الأعراف الظالمة مثل معاملة المدين المعسر والأمر بإنظاره إلى ميسرة ومثل قصر المسئولية على مرتكب العمل مما يعرف بشخصية المسئولية ، والتفريق بين العمد والخطأ ، ورفع منزلة المرأة فى الزواج إلى مركز المتعاقد بعد أن كان ينظر إليها باعتبارها سلعة يعطيها وليها فى الزواج ٠

٤ – إفساح المجال لتطور التفكير القانونى ، حيث لم يهدف القرآن إلى استقصاء العلاقات القانونية فى أى باب من أبوابها ٠ وهو بهذا يترك المجال واسعاً لنمو الأعراف الصالحة والاجتهادات المتوافقة مع الأسس التشريعية التى جاء بها ٠ يوضحه أنه أوجب الزكاة ولكنه لم يمنع من فرض نظام ضريبى يتكامل معها فى تحقيق الأهداف والمقاصد التى شرع نظام الزكاة لتحقيقها ، وكذلك كان إطلاق مبدأ رضائية العقود دون استقصائها سببا كافيا لقبول أنواع العقود التى جدت بتطور المجتمع الإسلامى ، كعقود السفتجة والسمسرة وبيوع الوفاء وبعض أنواع المشاركات والمضاربات ٠

٥ – يغالى المؤرخون فى قصر الأحكام التشريعية التى نزل بها القرآن على الفترة المدنية . بادعاء أن الآيات القرآنية التى كانت تنزل على النبى ﷺ قبل الهجرة قد خلصت إلى إرساء العقيدة والدفاع عنها وابطال حجج الكفار، وأن آيات التشريع لم تنزل إلا بعد أن تأسس المجتمع الإسلامى فى المدينة ٠ وعلى الرغم من الوجاهة المنطقية لهذا الادعاء فالثابت تاريخيا أن الآيات المكية قد عملت على إرساء نظام اجتماعى إسلامى ، ولذا فإن بعضها جاء فى موضوعات تشريعية٠ ويلفت الشاطبى النظر إلى هذه الحقيقة مبينا أن الآيات المكية جاءت لإثبات الأصول العامة كحرمة التعدى على النفس الإنسانية، وحرمة وأد البنات، وإيجاب الإنفاق من الأموال فى خير المجتمع وحرمة الزنا٠ أما

الآيات المدنية فقد تكفلت بتفصيل هذه الأسس •

لقد تكفل القرآن الكريم ببيان قواعد الشريعة ومنهجها وأسسها ولكن هذا البيان إنما يتعلق بالكليات ، ولذا يحتاج فى إعماله وإقامة أحكامه إلى بيان السنة ، وهذه وظيفتها طبقا لما جاء فى قوله تعالى : ﴿وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلهم يتفكرون﴾ •

٢ - السنة النبوية

مفهوم السنة :

تنصرف السنة فى الإطلاق العام لها إلى سنة النبى ﷺ المنقولة عن طريق الرواة ، سواء أكانت سنة قولية مما نطق به ﷺ أو عملية أو سنة تقريرية مما فعله الصحابة أمامه وسكت عنه دون اعتراض أو إنكار • وهذه هى السنة التى يعرفها علماء الأصول بأنها ما روى عن النبى ﷺ من قول أو فعل أو تقرير •

وتطلق السنة كذلك على ما عمل به أصحاب رسول الله ﷺ ، وجد هذا العمل فى القرآن والسنة أو لم يجد • وإنما حظيت سنة الصحابة وعملهم بنوع الحجية إما لأنها سنة ثبتت عندهم ولم تنقل إلينا ، أو لاستنادها إلى اجماع منهم ، أو من الخلفاء الراشدين• وعمل هؤلاء الخلفاء راجع أيضاً إلى حقيقة الإجماع المستند إلى اجتهادهم المصلحى ، كما يقول الشاطبى الذى يذكر دخول كثير من الأمور تحت هذا النوع من السنة ، مثل العمل بالمصالح المرسلة والاستحسان وتضمين الصناع وجمع المصاحف وحمل الناس على القراءة بحرف واحد من الحروف السبعة وتدوين الدواوين وما أشبه ذلك• وقد يعبر عن هذا الإطلاق للسنة بعمل الصحابة وسنة الخلفاء الراشدين •

وتطلق السنة كذلك فى مقابل البدعة ، فيقال فلان على سنة إذا

عمل على وفق عمل النبى ﷺ ، ويقال بأنه على بدعة إذا عمل على خلاف ذلك ٠

حجية السنة وحفظها :

السنة النبوية الشريفة أصل من أصول الدين وحجة على جميع المسلمين ٠ وذلك أن القرآن الكريم ألزم بطاعة رسول الله ﷺ باعتباره مبلغا عن الله عز وجل ، ولذا فإن طاعة رسول الله هى طاعة لله نفسه حسبما جاء فى القرآن فى قوله تعالى : ﴿من يطع الرسول فقد أطاع الله ومن تولى فما أرسلناك عليهم حفيظا﴾٠ وهذا الإلزام بما جاء فى السنة لجميع المكلفين قد ورد فى قوله تعالى: ﴿وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضل ضلالا مبينا﴾٠ ويقول عز وجل : ﴿وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾٠

ولأهمية السنة على هذا النحو توافرت الدواعى لحفظها فوعاها كبار العلماء فى رؤوسهم وذواكرهم فى صحفهم إلى أن جاء عصر التأليف والتدوين فكتبوها فى كتبهم٠ وقد التزم العلماء المسملون بالدقة فى رواية السنة فاكتشفوا نظام الإسناد الذى يقوم على ذكر رواة الحديث لمعرفة منزلتهم فى الضبط والعدالة والثقة بمروياتهم٠ ويرجع الالتزام بنظام الإسناد فى الرواية إلى زمن الفتنة بين على ومعاوية رضى الله عنهما، وهى تلك الفتنة التى فرقت المسلمين إلى شيع متناحرة يلجأ بعضها إلى وضع الحديث لتأييد وجهة نظره السياسية٠ ولذا اضطر العلماء إلى اتخاذ هذا المنهج النقدى الذى يقوم على التحرى عن الرواة والتدقيق فى المرويات لمعرفة صحيح السنة من زائفها ٠ وشهر بعضهم بالنبوغ والقدرة على تمييز الصحيح من الزائف، حتى كان يطلق على إبراهيم النخعى زعيم مدرسة الكوفة فى القرن الأول الهجرى، صيرفى الحديث ٠

منزلة السنة من الكتاب :

اشتمل القرآن على كليات الشريعة وأصولها على النحو الذى عبر عنه الشافعى بقوله : « فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفى كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها » وذلك - حسبما سبقت الإشارة إليه - بذكر القواعد وتوضيح مقاصد الشارع والمنهج الأصولى الواجب اتباعه والإطار العام للنظم الفقهية المتنوعة · وعلى الرغم من تقدم رتبة الكتاب فى الاعتبار وكونه أصل حجية السنة ولزوم العمل بها فإنه لا يمكن تطبيق أحكام القرآن التشريعية بدون الرجوع إلى السنة ، حيث إنها تكفلت ببيان الجوانب العملية اللازمة لوضع أحكام القرآن موضع التطبيق ·

يوضح ذلك أن الله عز وجل قال فى كتابه ﴿إن الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا﴾ وقال : ﴿وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾ ولكن السنة هى التى أوضحت على لسان الرسول عدد ما فرض من الصلوات ومواقيتها وسننها والواجب من الزكاة وشروطها والأموال الواجبة فيها وكيفية جمعها وتحصيلها وما إلى ذلك من أمور عملية لا يمكن إعمال الأحكام التشريعية القرآنية بدونها · ومن هذا القبيل ما ذكره الشافعى من أن الشارع قد بين أنصباء أصحاب الفروض من الأبناء والأزواج والوالدين والإخوة فى آيات المواريث فدلت سنة رسول الله ﷺ أنه إنما أريد به بعض الوالدين والأزواج دون البعض الآخر حين أوضحت أنه لا ميراث إلا بشرط اتحاد الدين بين الوارث والمورث ، كما منعت السنة ميراث القاتل لمورثه وما إلى ذلك من أمور لا يمكن تطبيقها نظام الميراث بدونها ·

ومن أمثلة بيان السنة للكتاب فيما ذكره الشافعى كذلك أن الله قد شرع نظام الميراث وأرشد إلى أنه لا يجرى توزيع التركة على مستحقيها إلا من بعد استقطاع الوصايا والديون ، وذلك فى قوله تعالى : ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ · ولو ترك هذا على إطلاقه لكان

معناه أن من حق المورث أن يوصى بجميع أمواله إلى من يشاء من الورثة أو غيرهم فأوضحت السنة حد الوصية وأنه الثلث لا يزاد عليه ، حتى يبقى ثلثا التركة للوارثين يوزع بينهم حسب قواعد الميراث الموجودة فى القرآن· وبدون تحديد السنة للوصية على هذا النحو لم يكن تطبيق هذه القواعد ممكنا إلا إذا لم يوص المورث بشئ أو أبقى شيئاً من التركة دون وصية·

ومن جهة أخرى فقد أوضحت السنة أنه (لا وصية لوارث) لحفظ التوازن بين أنصباء الورثة طبقا لما جاء فى القرآن الكريم · وبدون هذا التوجيه فإن التحديدات القرآنية لهذه الأنصباء كان يمكن عدم الالتزام بها إذا حابى المورث بعض ورثته وأوصى لهم· وقد كان إعمال هذه الوصية سيؤدى إلى اضطراب التوازن بين استحقاقات الورثة على النحو الذى شرعه القرآن ، فجاءت السنة بإبطال الوصية للورثة حتى تحافظ على هذا التوازن · وعلى سبيل المثال فإن فرض البنتين فى القرآن الثلثان ، وتأخذ أم المتوفى إذا وجدت معها سدس التركة على حين تأخذ بنت ابن المتوفى السدس كذلك· ولو لم تأت السنة بمنع الوصية للورثة لكان من حق المتوفى أن يوصى بثلث التركة جميعها لبنت الابن ، وهو ما يجعل نصيبها وحدها فوق نصيب البنتين معا ، وهو ما لم يقصد إليه التشريع القرآنى الذى جعل الاستحقاق على أساس قوة القرابة ودرجتها · ولاشك فى أن البنتين فى درجة أعلى من درجة بنت الابن ·

ومن أوجه بيان السنة لما فى القرآن إلحاق بعض التفصيلات بإحدى القواعد الكلية التى تتجاذب هذه التفصيلات ، ويدق على المجتهد مثل هذا الإلحاق فى كثير من الأحوال · من ذلك أن الله عز وجل أحل الطيبات وحرم الخبائث ، وبقيت أشياء كثيرة يصعب على المجتهد إلحاقها بأى من الطيبات أو الخبائث ، فبين عليه الصلاة والسلام فى ذلك ما اتضح به الأمر ، حيث نهى عن أكل كل ذى ناب من

السباع وكل ذى مخلب من الطيور ، ونهى عن أكل لحوم الحمر الأهلية ، كما ألحق عليه الصلاة والسلام الضب والأرنب وأشباههما بأصل الطيبات. ومن ذلك أن الله عز وجل أحل صيد البحر فيما أحل من الطيبات وحرم الميتة فيما يحرم من الخبائث ، فدارت ميتة البحر بين الطرفين فأشكل حكمها ، وبينه ﷺ بقوله عن البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتته.

كذلك فإن الله عزل وجل شرع فى كتابه القصاص فى القتل العمد والدية فى القتل الخطأ ، وأشكل أمر الجناية على الجنين فجاءت السنة بتوقيع جزاء خاص ، هو الغُرَّة التى تقدر بنصف عشر الدية أو بعشرها على اختلاف الأحوال.

ويشبه أن يكون بيان السنة للقرآن نوع قياس فى بعض الأحيان على ما جاء فيه من قواعد. مثاله أن القرآن بين نصيب البنت الواحدة فى الميراث بأنه النصف، وأوجب الثلثين للأكثر من الاثنتين. وقد أوجب القرآن الثلثين كذلك للأختين فجاءت السنة بأن للبنتين الاثنتين نصيب الثلثين عن طريق يشبه أن يكون نوعا من قياس حالة البنتين على حالة الأختين.

ومن كذلك أن الله حرم فى القرآن الجمع بين الأم وابنتها فى النكاح وبين الأختين وجاءت السنة بتحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو المرأة وخالتها ، لأن المعنى الذى حرم الجمع بين الأم وابنتها وبين الأختين موجود فى هذه الحالات، وهو الذى نص عليه قوله ﷺ : فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم. وهذا التعليل كما يقول الشاطبى يشعر بالقياس.

ذلك أن الله عز وجل حرم زواج الأم من الرضاعة وبناتها باعتبارهن أخوات من الرضاعة ، فألحق النبى ﷺ بهن سائر القرابات اللاتى يحرمهن النسب، كالعمة والخالة وبنات الأخ وبنات الأخت ، وذلك بقوله ﷺ : «يحرم من الرضاع من يحرم من النسب».

وكذلك فإن القرآن أجاز الإجارة فى بعض الأشياء كالجُعل المشار إليه فى قوله تعالى : ﴿ولمن جاء به حمل بعير﴾ أى من أتى بالشئ المفقود أو الضائع أعطيته المال الذى يسميه كما أجاز الإجارة فى الإشراف على مال اليتيم فى قوله : ﴿ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف﴾، وأجازها كذلك بالنسبة لعمال الصدقة وذلك فى قوله تعالى: ﴿والعاملين عليها ﴾ أما السنة فقد أطلقت جواز الإجارة بالنسبة إلى سائر منافع الرقاب والأعيان من الناس والدواب والدور الأرضى، وبين النبى ﷺ كثيراً من هذه الأصناف وترك سائرها إلى أنظار المجتهدين •

وقد جاء القرآن الكريم بإشارات مجملة لأصول الفرائض من الصوم والصلاة والزكاة والحج تاركا بيان كيفيتها ومواقيتها للسنة ، فبين رسول ﷺ عدد الصلوات المفروضات وعدد ركعات كل منها وعدد الركوع والسجود وأوجب الدخول فيها بالتكبير والخروج منها بالتسليم• ولولا دلالة السنة وبيانها لما استطاع المسلم إقامة الصلاة • كذلك فإن القرآن أشار إلى حل البيع وحرمة الربا ، وتولت السنة بالبيان تحديد ما لا يجوز بيعه كالخمر والميتة والخنزير والأصنام والأمور المجهولة التى لا يمكن للعاقدين العلم بها عند التعاقد كالسمك فى الماء وأجنة الحيوانات قبل الولادة• وكذلك نهى ﷺ عن البيوع التى تؤدى إلى الضرر والمعاصى فى المستقبل ، وذلك كبيع السلاح زمن الفتنة بين المسلمين لأنه يؤدى إلى التشجيع على إراقة الدماء أو بيع العنب لمن يعصره خمراً • وأوجبت السنة كذلك ألا يبيع المرء ما ليس فى ضمانه ومسئوليته ، فلا يشترى شيئا يبيعه قبل تسلمه من بائعه الأول ، خاصة إذا كان المبيع من مواد الطعام ، وذلك حتى لا تزيد الأنشطة الوسيطة عن حدها المقبول بما يؤدى إلى ارتفاع الأسعار • وعملت السنة على تحرير العرض والطلب وأوجبت التقاء البائع والمشترى فى السوق ، ولذا نهت عن الاحتكار الضار وحجب المعلومات الخاصة بالثمن ومدى

الرواج فى حديث النهى عن بيع الحاضر للبادى وتلقى الركبان أو المنتجين من أهل البادية قبل دخولهم السوق لشراء سلعتهم قبل أن يعرفوا ثمنها الحقيقى فى السوق • كذلك نهت السنة عن بعض صور البيوع الشائعة التى تتضمن الغش والتدليس ، مثل « النجش » وهو أن يتظاهر شخص بالرغبة فى شراء سلعة يزيد فى ثمنها ليشجع المشترى الحقيقى على أخذها بثمن أعلى من قيمتها السوقية •

وأوجبت السنة التخفيفى عن المشترى فيما لو هلك المبيع بجائحة أو آفة سماوية ، وهو ما روى أنه ﷺ أمر بوضع الحوائج ، ويقابل ما يعرف فى التفكير القانونى الحديث بالأعذار والظروف الطارئة Frustra-tion • وأجازت السنة اقتران بعض الشروط بعقد البيع لمصلحة أى من الطرفين، كما شرعت الخيارات المختلفة لضمان مصالح المتعاقدين فى بيوعهم•

وليس هذا كله إلا بيانا لما هو مجمل فى القرآن من إشارات إلى حل البيع• وقد يظن أن هذه التفصيلات الموجودة فى السنة لا أصل لها فى القرآن الكريم ، وليس هذا صحيحاً ، لأن هذه التفصيلات يمكن إلحاقها بأصول التشريع القرآنى ، وإن لم يكن هذا الإلحاق سهلا وميسورا لكل أحد، إذ لا يدركه إلا العالم الفطن• وبخصوص هذه الأمثلة ذاتها فإن القرآن قد منع من الغش والتدليس وكتمان الحق والكذب وأكل أموال الناس بالباطل، وأباح أخذ مال الغير برضاه الكامل، ومنع من أخذه إذا لم يوجد هذا الرضا ، ويختل هذا الرضا إذا لم يكن المبيع والثمن معلومين ، أو إذا تدخل شخص للتأثير على إرادة أحد المتعاقدين، كما فى صورة النجش • ويتفرع عن أصل الرضا كثير من أحكام الخيارات، كما يتفرع عن النهى عن أكل أموال الناس بالباطل كثير من الفروع السابقة • أما النهى عن البيوع الضارة كبيع السلاح زمن الفتنة فيتعلق بالنصوص الموضحة لمقاصد الشريعة فى حفظ النفس والعقل والمال •

ولعل فى هذا ما يدلك على أن الفروع الكثيرة ترجع إلى أصول عامة وأن هذه الأصول العامة ترجع إلى عدد أقل من الأصول·

دور السنة ووظيفتها:

يتضح مما سبق أن السنة لم تأت بشئ لا أصل له فى القرآن الكريم ودورها إنما هو توضيح المجمل وتخصيص العموم أو تقييد المطلق أو وضع الأسس العملية التى تحدد كيفيات إعمال القواعد التشريعية التى جاء بها القرآن والتى لا يمكن إعمالها بدون البيان العملى الذى جاءت به السنة ·

وقد اتضح دور السنة هذا بالرجوع إلى نظام الميراث القرآنى الذى حددته الآيات ١١ ، ١٢ ، ١٧٦ من سورة النساء · وتولت السنة بيان الجوانب العملية التى لا يطبق هذا النظام بدونها · وأول هذه الجوانب تحديد الوصية بثلث التركة ، حتى لا يترك أمر الوصية إلى الميت ويكون هو المرجع فى تحديد من يأخذون من تركته ومن لا يأخذون ، والمقدار الذى يأخذونه ، وهو ما يؤدى إلى عدم الإلتزام بتطبيق القواعد التشريعية القرآنية · كذلك منعت السنة من الإيصاء للوارثين حفظا على التوازن الذى أقامه التشريع القرآنى بين أنصباء الورثة · ومن جهة أخرى تولت السنة وضع التخطيط العملى لتوزيع التركة ببيان وجود البدء بإعطاء أصحاب الفروض حقوقهم ثم إعطاء الوارثين حقوقهم بالتعصيب بعد ذلك ·

وقد يوضح هذا الدور للسنة الإشارة إلى أن القرآن الكريم قد عالج موضوع التعدى على البدن الإنسانى بالتمييز بين القتل العمد وبين القتل الخطأ ، كما بين أسس شرع القصاص وحكمته وحق ولى الدم فى العفو عن القاتل وأوجب الدية فى القتل الخطأ ، غير أن السنة قد تكفلت باشتراط تعمد العدوان لوجوب القصاص وأنه لا يقتص فى الجراح إلا بعد أن يبرأ المجروح، وحددت السنة مقدار الدية فى القتل الخطأ وفى الإصابات البدنية التى لا يمكن إجراء القصاص فيها ، كما

أن السنة هى التى أوضحت التفريق فى عقوبة الشركاء إذا تميز فعل كل منهم عن الآخر ، إذ يروى ابن عمر عن النبى ﷺ أنه قال : ﴿إذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذى قتل ويحبس الذى أمسك﴾ • وإنما يرجع هذا الحكم إلى المبدأ العام للمسئولية الذى أقامه القرآن ، وهو أن كل إنسان مسئول عن فعله هو لا عن فعل غيره• يقول الله تعالى : ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ ، ويقول : ﴿نفس بما كسبت رهينة﴾ •

ويترتب على تحديد دور السنة على هذا النحو ثلاثة أمور على قدر كبير من الأهمية :

١ - لا غنى للقرآن الكريم عن السنة فى تطبيق قواعده التشريعية التى جاء بها • ولذا تقترن طاعة الله ورسوله فى أكثر من ثلاثين موضعاً فى القرآن الكريم •

٢ - القواعد التشريعية التى جاءت بها السنة راجعة إلى أصولها المتضمنة فى القرآن• غير أن إلحاق هذه القواعد بتلك الأصول قد لا يكون أمرا ميسوراً فى كل الأحوال ، حيث يدق أحيانا ويتطلب فطنة ويقظة وخبرة عميقة بنصوص القرآن الكريم والسنة النبوية• وهذا هو الأساس النظرى لما كان يقوم به بعض الصحابة والتابعين من عرض نصوص السنة على القرآن لتأييد الثقة بالراوى أو رفض ما يرويه إذا عارض أصلا من أصول القرآن الكريم • وأعتقد أن إقامة هذه الصلة بين القرآن والسنة مما يوفر معيارا مقبولا لوزن حجية نسبة معقولة من السنة التشريعية •

٣ - وفرت التشريعات القرآنية وأحاديث الأحكام التى أوضحت الكيفيات العملية لتطبيق هذه التشريعات أساسا كافيا لضبط حاجات المجتمع وعلاقات الأفراد والمؤسسات فيه ، وذلك إلى الحد الذى لم يشعر معه فقهاء الصحابة وقضاتهم بعد وفاة النبى ﷺ بأى نوع من الارتباك أو الحيرة فى الحكم بين الناس وفيما يعرض لهم من

مشكلات• وقد بدأ فقهاء الصحابة وقضاتهم بمجرد وفاة النبى ﷺ مسئوليتهم العملية والنظرية فى ضبط العلاقات الاجتماعية وصياغة أسسها وفق هذه الأحكام التى ذكر لهم رسول الله ﷺ أنهم لن يضلوا إذا تمسكوا بها• وليست هناك حادثة واحدة فى تاريخهم تدل على إحساسهم بالعجز عن إلحاق مشكلات عصرهم بهذه القواعد التشريعية المتضمنة فى القرآن والسنة على الرغم من الإتساع المفاجئ لمجتمعاتهم واشتمالها على بلاد الحضارات القديمة ذات الثقافات والأعراف المتباينة• ويظهر ذلك أن البناء التشريعى الذى اكتملت خطته أثناء حياة النبى ﷺ قد واجه الاختبار العملى الصعب بعد وفاة النبى ﷺ وفى ظروف حركة الفتوحات الإسلامية التى جاءت بمشاكل وتنظيمات لم يكن للمسلمين بها عهد من قبل• وإنما وقع عبء هذا الاختبار الصعب فى المراحل الأولى للتجربة على أصحاب المسئوليات العملية من القضاة والخلفاء والولاة ، وعمل كل فى مجال تخصصه على إقامة العدالة فى المجتمع وفق القواعد التشريعية المتضمنة فى القرآن الكريم والسنة النبوية • وسنرى كيف دان لهم النجاح فى هذه التجربة الصعبة المباحث التالية • أما أصحاب النظر العقلى من طلاب المدارس الفقهية والمنتسبين إليها فقد تأخر دورهم إلى حد ما ، وكان عليهم فيما يظهر لى أن ينتظروا النتائج التى أسفر عنها الرواد من أصحاب المسئوليات العملية فى تصريف العدالة • إن دور أصحاب هذه المسئوليات لا يحتمل التأخير بخلاف دور الفقهاء فى التنظير • وهذا هو ما يكشفه تتبع مسيرة التطور الفقهى فى المباحث التالية•

٣ - الاجتهاد فى مرحلة النبوة

اختلف الأصوليون من الناحية النظرية فى قضية وقوع الاجتهاد منه ﷺ على ثلاثة آراء :

١ - مذهب جمهور الأصوليين وأئمة المذاهب مالك والشافعى وأحمد، أن النبى ﷺ مأمور بالاجتهاد مطلقاً بما يشمل الأحكام

الشرعية والحروب. ويستدل هؤلاء بوقوع الاجتهاد منه ﷺ في وقائع محددة، من بينها اجتهاده فيما يفعله بأسري بدر وقبوله رأى أبى بكر فى المنّ عليهم بإطلاق سراحهم دون مقابل أو مفاداتهم بعوض يدفعونه، وقد دافع أبوبكر عن رأيه بقوله عن هؤلاء الأسرى: قومك، فيهم الآباء والأبناء والعمومة وبنو العم والإخوان وأبعدهم منك قريب. وقد رفض ﷺ الأخذ برأى عمر علي الرغم من قوة أسس هذا الرأى، كذلك؛ فإن هؤلاء الأسري بعبارة عمر هم رؤس الكفر وأئمة الضلالة.

وقد جاء الوحى فيما بعد بالعتاب علي الأخذ برأى أبى بكر.

ومن اجتهاده ﷺ كذلك أنه أذن للمتخلفين فى غزوة تبوك بالبقاء فى المدينة لأعذار أبدوها وجاء الوحى بأنه لو لم يأذن لهم لتخلفوا عن الخروج معه ولظهر نفاقهم وهو ما يفيده قوله تعالي : (عفا الله عنك لم أذنت لهم حتي يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين).

٢ – مذهب القاضى أبى بكر الباقلانى والجبائى من المعتزلة أن اجتهاده ﷺ إنما يجوز فى الحروب. وإنما لم يجز اجتهاده فى الأحكام الشرعية لكونه مؤيدا بالوحى مستغنيا به عن الاجتهاد الذى يجرى عليه الصواب والخطأ.

٣ – مذهب الأشاعرة وبعض المعتزلة أنه لا يجوز للرسول الاجتهاد، لأنه لا ينطق عن الهوي، وإنما هو مؤيد بالوحى، واجتهاده المقر عليه الذى لم يرد من الوحى ما يخالفه يصير إلي أن يكون وحياً باطناً.

وعلي الرغم من هذا الخلاف النظرى، فقد وقع الاجتهاد منه ﷺ فى كثير من القضايا التى أرست مبادئ تشريعية معينة. من ذلك منعه الغالّ (السارق) من الغنيمة سهمه وحكمه بحرق متاعه عقوبة تعزيرية علي هذا الجرم. ومنه كذلك حكمه ﷺ بتضعيف الغرم على

من سرق ما لا قطع فيه• وتدل أحاديث كثيرة علي أن أساس ما يقرره النبي ﷺ من أحكام في هذه الأحاديث هو المصلحة والظروف السائدة• من ذلك قوله لإحدي زوجاته : «لولا أن قومك حديثو عهد بكفر لبنيت الكعبة علي قواعد إبراهيم» • ولم يعمل النبي ﷺ شرط الجلاء الذي اتفق عليه مع يهود خيبر، وأجابهم إلي طلبهم البقاء في الأرض التي كانوا عليها يزرعونها ويدفعون نصف ما يخرج منها، بناء علي موافقة هذا الاتفاق الأخير لمصلحة المسلمين العامة •

ويبدو لي أن قاعدة الشوري التي أمر بها النبي ﷺ هي أهم أساس يدل علي وقوع الاجتهاد منه ﷺ؛ إذ لا معني للشوري إلا إذا انتهت إلي الأخذ برأي من الآراء التي يظهرها تقليب المشاورين الأمر علي وجوهه المختلفة •

اجتهاد الصحابة في عصر النبوة :

اجتهد الصحابة في عصر النبي ﷺ بإذنه وأمره، كما اجتهدوا في تطبيقهم للنصوص الشرعية حسبما تبادر إليهم، وأسفرت اجتهاداتهم في أحيان عديدة عن إرساء مبادئ تشريعية تفصيلية للمبادئ التشريعية العامة•

أما إذن النبي ﷺ لأصحابه بالاجتهاد فيدل عليه قوله لمعاذ بن جبل لما بعثه والياً وقاضياً على اليمن : كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟ • قال: أقضي بما في كتاب الله• قال : فإن لم يكن في كتاب الله ؟ قال : بسنة رسول الله• قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله ؟ قال : أجتهد رأيي، لا آلوا (أي لا أقصر) • قال معاذ : فضرب رسول الله ﷺ يده علي صدري وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله •

ومن اجتهاد الصحابة في تطبيق النصوص في عصره أن صحابيين خرجا في سفر فحضرت الصلاة ولم يكن معهما ماء فتيمما وصليا،

ثم وجدا الماء فى الوقت فأعاد أحدهما ولم يعد الآخر، فصوبهما وقال للذى لم يعد صلاته؛ أصبت السنة، وأجزأتك صلاتك، وقال للذى أعاد : لك الأجر مرتين·

ومن هذا القبيل أن النبى ﷺ لما رجع من غزوة الأحزاب بعدما كان من بنى قريظة وتآمرهم على جيش المسلمين أمر أصحابه بقوله : لا يصلين أحد منكم العصر إلا فى بنى قريظة فأدركتهم الصلاة فى الطريق فأداها بعضهم بناء علي أن القصد هو تعجل الوصول، علي حين امتنع بعضهم عن الصلاة فى الطريق، تطبيقا لحرفية النص · وقد تحاكم الفريقان إلي النبى ﷺ فلم يلم أيا منهم ·

وذلك فلم يكن تطبيق الصحابة للنصوص سديداً فى كل الأحوال، تولي النبى ﷺ رد ما كان غير سديد منها · من ذلك أن معاذ بن جبل أصبح جنباً ولا ماء معه، فتمرغ فى التراب وصلي، قصداً إلي إيصال التراب إلي أجزاء الجسد جميعه كما يصل الماء عند الاغتسال من الجنابة كذلك، لكن النبى ﷺ بين لمعاذ أن هذا القياس لا يصح، لمخالفته النص القاضى بمسح اليدين والرجلين فى التيمم، دون غيرهما من سائر أجزاء الجسد، وذلك فى قوله تعالي : ﴿وإن كنتم مرضي أو علي سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه﴾(٥٠)·

وقد اقتضي اتساع الدولة الإسلامية فى عهد النبى ﷺ تعيين عدد من القضاة فى الأماكن البعيدة عن المدينة للفصل فى الخصومات التى تنشأ بين الناس · ويلفت النظر إرساء أحكام هؤلاء القضاة لبعض المبادئ التشريعية الراقية والمؤثرة فى التفكير الفقهى فيما بعد· ولعل خير مثال لذلك هو قضية زبية الأسد التى أرست أصل الإهمال المشترك· ومفاد هذا الأصل أن المتضرر إذا أسهم بفعله فى إلحاق الضرر بنفسه فإنه يخصم من التعويض الذى يستحقه نسبة تقابل إسهامه· وخلاصة قضية زبية الأسد التى حكم فيها على بن أبى طالب حينما أرسله النبى

ﷺ إلي اليمن قاضياً بها أن قوما احتفروا زُبْيَة «حفرة» فوقع الأسد بها، وتجمع الناس حول هذه الزبية للنظر إلي الأسَد داخلها، فوقع فيها رجل أمسك بآخر في محاولة لإنقاذ نفسه، وأمسك الثاني بآخر للقصد نفسه، حتي صاروا أربعة وقعوا فيها جميعاً وماتوا. فقضي علي رضي الله عنه للأول بربع الدية لأنه مات بتدافع المتزاحمين، ووقع الثلاثة الذين جذبهم فوقه، فأسقط ما يقابل الثلاثة الأرباع وترك الربع. أما الثاني فقد قضي له علي بثلث الدية لأنه مات بجذب الأول له وقد وقع الاثنان الآخرين اللذين جذبهما بفعله فأسقط ما يقابل فعله، وهو الثلثان، وقضي علي الثالث بنصف الدية، لأنه مات بفعل الثاني ووقع ما يقابله هذا الفعل وهو النصف. أما الرابع فقد قضي له علي بالدية كاملة، ولم يسقط منها شيئاً، وقد تضمن حكم علي تكليف عواقل المتدافعين حول الزبية بتحمل هذه الواجبات المالية، وإنما تأيد هذا الحكم بعد أن استأنف الذين وجبت عليهم الديات هذا الحكم للنبي ﷺ وقال لهم القضاء كما قضاه علي.

خصائص التشريع في عصر النبوة :

تميز التشريع في هذه الفترة بخصائص معينة ، من بينها :

١ - اكتمال نشأة النظام التشريعي في أسسه العامة بما جاء به الوحي، قرآنا كان أو سنة، علي نحو يسر لقضاة الصحابة وفقهائهم العمل علي ضبط الحياة الإجتماعية وفق مبادئ هذا النظام بعد وفاة النبي ﷺ .

٢ - انحصار سلطة التشريع في هذه الفترة في شخص النبي ﷺ، حيث كان يبلغ عن ربه ما يلقي إليه من وحي، كما أنه هو الذي كان يقوم بتفسير هذا الوحي، ويشرف علي تطبيق مبادئه وأسسه .

٣ - ظهور النزعة الجماعية للتشريع الإسلامي على نحو واضح، مما أدي إلي تحقيق التعاون بين المسلمين في بناء مجتمعهم

ومواجهة المشكلات التى عرضت لهم• وتتضح هذه النزعة الجماعية التى كان لها أثر بالغ فى تحديد مجري التطور الفقهى فى العصور التالية فى كثير من الجوانب، من بينها :

أ - شرع العبادات التى تكفل اجتماع المسلمين فى مستويات مختلفة؛ وعلى سبيل التوضيح فإن صلاة الجماعة تحقق اجتماع أهل الجيرة خمس مرات فى اليوم والليلة، علي حين تحقق صلاة الجمعة والعيدين هذا الاجتماع علي مستوي أوسع• أما الحج فإنه موسم التقاء سنوى للمسلمين وقادتهم على مستوي العالم كله •

ب - فرض واجبات التكافل بين المسلمين مما هوا واضح فى شرع الزكاة والصدقة والنفقة •

جـ- العناية بالمصالح الاجتماعية وتقديمها علي المصالح الخاصة وتحديد سلطة أصحاب الحقوق بما يضمن عدم الإساءة فى استعمال هذه الحقوق •

٤ - الأخذ بالتدرج، حيث لم تأت الأحكام دفعة واحدة وإنما أخذت وقتا طويلاً، حيث بدأت الشريعة بإرساء قواعد الدين والأخلاق وتهيئة الناس للعمل بالأحكام التفصيلية وفقا لظروف المجتمع الإسلامى وسير الدعوة• ذلك أن الفترة المكية قد اتسمت كما تقدم بالعمل علي إرساء الدعائم الأساسية للمجتمع الإسلامى على حين جاءت الفترة المدنية ببناء المجتمع على هذه الأسس•

وتتضح سمة التدرج بالمراحل التى مر بها تحريم شرب الخمر وتحريم التعامل بالربا• أما تحريم شرب الخمر فقد بدأته سورة البقرة (آية : ٢١٩) ببيان زيادة المضار فى الخمر والميسر عن المنافع، ثم جاءت سورة النساء (آية : ٤٣) بالنهى عن الصلاة فى حالة السكر ثم جاءت سورة المائدة (آية : ٩٠) أخيرا بما يفيد التحريم، وذلك بقوله تعالي : (يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من

عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون • إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون) •

وقد سار القرآن علي هذا المنهج كذلك فى تحريم الربا • ذلك أن سورة الروم (آية : ٣٨) قد افتتحت هذا الأمر ببيان أن الربا لا يؤدى إلي زيادة المال وأن الزكاة هى التى تنميه وتزيده • ثم جاءت آية النساء (١٦٠) بالإشارة إلي ظلم اليهود فى أخذهم الربا وقد نهوا عنه • ثم جاءت آية آل عمران (١٣٠) بالنهى عن أكل الربا أضعافا مضاعفة، كما جاءت آيات سورة البقرة (٢٧٥ - ٢٧٩) بالتشنيع علي المتعاملين بالربا وتعريفه (الزيادة علي رأس المال) والتوعد بحرب من الله ورسوله علي الاستمرار فى التعامل به •

* * *

الفصل الثالث
الفقه في القرن الأول الهجري

تقديم :

إذا كانت فترة النبوة قد شهدت اكتمال القواعد التشريعية التى تنزلت فى القرآن الكريم والسنة النبوية فإن فترة الصحابة قد شهدت نشأة النظر الفقهى بعد أن وجد الصحابة أنفسهم مسئولين بعد غياب النبى ﷺ عن ضبط علاقاتهم الاجتماعية وصياغة حياتهم وفق الأحكام التشريعية التى جاء بها الوحى• ولم تبطئ الدولة الإسلامية التى توالى علي رئاستها هؤلاء الخلفاء الراشدون فى القيام بواجبها فى تنظيم المجتمع وضبط العلاقات فيه وفق قواعد الشريعة• وبدا الجميع واثقين من سعة البناء التشريعى الذى تركه النبى ﷺ ومرونته فى الاستجابة للمصالح الاجتماعية• ولم تزد عدتهم ، فيما يذكر عمر إلي قاضية أبى موسي الأشعرى، عن إنعام الفهم وتدقيقه فى النصوص وفى القضية المعروضة وفى النصوص لإلحاقها بالمبدأ الشرعى الذى يحكمها• يقول له: «أنعم الفهم فيما تلجلج فى صدرك مما ليس فى كتاب الله ولا سنة نبيه ، ثم أعرف الأشباه والأمثال فقس الأمور عند ذلك بنظائرها واعمد إلي احبها إلي الله وأشبهها بالحق» •

وعلي الرغم من أن الفقهاء قد تحدثوا عن دورهم أكثر من غيرهم فإن مراجعة المواد الفقهية الخاصة بهذه الفترة من أحكام قضائية وفتاوى تدل علي أن القضاة والخلفاء والولاة هم الذين برز دورهم فى

أول الأمر فى تحديد منهج التفكير الفقهى وفى تطبيق هذا المنهج للكشف عن الحكم الشرعى فيما كان يعرض للمجتمع الإسلامى من مشكلات وقضايا، وبمرور الوقت تراكمت هذه الأحكام القضائية والفتاوى العملية فأمكن للفقهاء القيام بدورهم فى التأصيل والتنظير والمراجعة •

المبحث الأول

دور القضاة في نشأة التفكير الفقهي

قام القضاة في هذه الفترة بتصريف العدالة وإجرائها وفق الأحكام والقواعد المتضمنة في القرآن والسنة. وهذا ما يعبر عنه ميمون بن مهران بقوله : «كان أبوبكر إذا ورد عليه حكم نظر في كتاب الله فإن وجد فيه ما يقضى به قضي به، وإن لم يجد في كتاب الله نظر في سنة رسول الله ﷺ فإن وجد فيها ما يقضى به قضي به، فإن أعياه ذلك سأل الناس هل علمتم أن رسول الله قضي فيه بقضاء، فربما قام إليه القوم فيقولون قضي فيه بكذا، فإن لم يجد سنة سنها النبي ﷺ جمع رؤساء الناس فاستشارهم فإذا اجتمع رأيهم علي شئ قضي به، وكان عمر يفعل ذلك فإن أعياه أن يجد ذلك في الكتاب والسنة يسأل هل كان أبوبكر قضي فيه بقضاء فإذا اجتمع رأيهم علي شئ قضي به».

ومع ذلك فلم تأخذ هذه السوابق صفة الإلزام، حتي بالنسبة للقاضي نفسه، إذ يذكر عمر بن الخطاب في رسالته لأبي موسي أن عليه أن يتحري الحق علي الدوام، بحيث لا يمنعه قضاء قضي به من الأخذ بغيره إذا راجع نفسه فيه وتبين له الحق في غيره. ولكن استشارة الخلفاء والقضاة لرؤوس الناس ووجهائهم قد أرست مكانة عدد ضخم من الأحكام القضائية التي شكلت أسسا راسخة لتكوين التفكير الفقهي. وإنما ساعد علي احتلال الأحكام القضائية هذه المنزلة الرفيعة التي تبوأتها في الفقه الإسلامي هذه الأمور التالية :

١ – صدور هذه الأحكام من شخصيات ذات وزن كبير في التاريخ الإسلامي بصفة عامة وفي التفكير الفقهي بصفة خاص إذ ينتسب كثير من هذه الأحكام إلي أبي بكر وعمر وعلي وشريح وابن مسعود ومعاذ بن جبل وغيرهم من أصحاب الملكات الفقهية البارزة .

٢ – الجدية في النظر واستفراغ الوسع في فهم النصوص

ومعرفة مقاصدها واستشارة أصحاب الرأى والخبرة – يدل علي ذلك قضية المرأة اليمنية التى قتلت مع عاشقها ابن زوجها ليخلو لهما المكان ولا يطلع عليهما هذا الابن، ورفض بعض فقهاء الصحابة الحكم بالقصاص علي المرأة والعاشق لأنهما اثنان فى مقابل واحد والقصاص يقوم علي المماثلة، ولا مماثلة بين شخص واحد وشخصين• وعلي الرغم من وجاهة هذه الحجة من الوجهة المنطقية الشكلية فإن عددا آخر من الفقهاء الموجودين باليمن مع قاضيها معاذ قد عارض فى المنع من القصاص وأوجب الحكم به بناء علي النظر إلي مقصد الشارع من شرع القصاص، وهو حفظ حياة الناس ونفوسهم، ولو امتنع القصاص بعلة اشتراك اثنين فى قتل واحد لتيسر لكل من يرغب فى قتل أحد ويريد تجنب الحكم بالقصاص أن يأخذ شخصا معه• ولذا قرر معاذ رفع الأمر إلي محكمة الخليفة فى المدينة، فجمع عمر الفقهاء مرة أخري، وانقسم الناس فى الحكم الواجب التطبيق، وأخذ عمر برأى الذين مالوا إلي إيجاب القصاص من المشتركين فى القتل قائلا والله لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به• ويدل هذا التوكيد الواضح فى لغة الحكم عن ميل عدد من فقهاء الصحابة إلي منع القصاص من الجماعة بالواحد، وقدرة أصحاب هذا الرأى على الدفاع عنه، ولذا قال عمر ما قاله بهذا التأكيد ليحسم الأمر وليمنع الخلاف حوله• وقد استقر هذا الحكم فى صميم الفقه الإسلامى، ولم يعد أحد إلي الرأى الآخر الذى أصبح مهجورا تماما حتي لا نكاد نجد له ذكرا فى تاريخ الفقه الإسلامى• ولعل هذه المشاورة التى بدأت فى اليمن وانتهت فى المدينة مما ساعد علي النظر فى أدلة الخصوم وآرائهم والانتهاء إلى رأى أكثر قبولا وجاذبية من الناحية المنطقية •

٣ – تدوين الأحكام القضائية وتعليلها منذ فترة باكرة ويرجع أقدم ما يدل علي تدوين الأحكام القضائية وتسبيبها إلي فترة العصر الأموى، ففى تاريخ الولاة والقضاة للكندى أن سليم بن عنز كان

قاضى مصر من قبل معاوية بن أبى سفيان، فاختصم إليه فى ميراث فقضي فى الخصومة بما رآه• ولكن الورثة تناكروا ورجعوا إليه فقضي بينهم وكتب كتابا بقضائه، وأشهد عليه شيخ الجند فكان هو أول قاض يسجل أحكامه فى العهد الأموى، وإنما كانت الاعتبارات العملية هى التى آملت علي القضاة تسجيل أحكامهم• فيسروا الرجوع إليها علي من يريد الإفادة منها• وفيما بعد تطور تدوين الأحكام القضائية وتسبيبها وإعدادها فى نسختين يحتفظ القاضى بنسخة منها فى محفوظات المحكمة ويعطى المحكوم عليه النسخة الأخري، وأصبح فنا منضبطا بقواعد يذكرها الماوردى الذى عاش فى القرن الخامس الهجرى•

جهود القضاة فى هذه الأحكام :

كان لأحكام القضاة فى عصر الصحابة دور بالغ الأثر فى وضع لبنات التفكير الفقهى ويتمثل ذلك فى اشتمال أحكامهم هذه علي مبادئ فقهية علي قدر كبير من النضج فى التعبير عن النصوص الشرعية ومقاصدها، بحيث لم يستطع التفكير الفقهى إلا أن يحتفظ بهذ المبادئ على مر العصور •

الإهمال المشترك :

من ذلك مبدأ «الإهمال المشترك» الذى أكدته قضية أخري لعلى بن أبي طالب فى الجوارى الثلاث المعروفة فى كتب الفقه بعنوان قضية القارصة والقامصة والواقصة حيث كن يلعبن لعبة «الامتطاء» بركوب إحداهن علي الأخري وتمثيل الثالثة دور السائق• وقد انهمكت الثالثة فى أداء دورها فيما يبدو فقرصت البنت الثانية التى تقوم مقام الفرس، وكانت القرصة مفاجأة لها فقمصت أو قفزت لأعلي، وهو ما أدي إلي وقوع الراكبة فوقصت أى كسر عنقها وماتت من سقطتها، ولا يخفي أن هذه الفتاة قد ماتت من قفزة البنت المركوبة وقرصة البنت التى قامت

بدور السائق. غير أن عليا رضى الله عنه نظر إلي أن المتوفاة قد أسهمت فى هذه النتيجة باشتراكها فى هذه اللعبة الخطرة، ولذا أنقص الواجب علي المركوبة والقارصة بمقدار الثلث ووزع المسئولية عن الدية علي عواقل البنات الثلاث، علي أساس أن المتضرر إذا اشترك فى السبب الذى أنتج الضرر فإن تعويضه ينتقص منه بمقدار اشتراكه.

وقد استقر هذا المبدأ فى الفقه الإسلامى بقضاء عليّ. وعلي سبيل المقارنة فإن القانون الإنجليزى لم يعرف مبدأ الإهمال المشترك Contributory Negligence إلا فى العصر الحديث .

وقد أشرت إلي المبدأ الذى أرسته قضية المرأة اليمنية التى قتلت ابن زوجها مع عاشقها. ومنذ هذا الوقت لم يتردد الفقهاء المسلمون فى إيجاب قتل الجماعة بالواحد.

ضمان الضرر الناشئ عن فعل معنوى :

ومن قضايا المبادئ قضية المرأة التى كان يدخل الرجال إليها فى بيتها فى أوقات متفاوتة، وأراد عمر بن الخطاب أن يستدعيها ليلفت نظرها إلي تجنب ذلك فأرسل إليها رسولا يخبرها بأن عمر يطلبها دون أن يوضح لها الأمر حتي فزعت فزعا شديداً، فكانت تقول وهى فى طريقها يا ويلى مالى ولعمر، وقد استبد بها الحزن والفزع حتي ألقت حملها. وقد مرضت بعد هذا الإجهاض مرضاً ماتت منه. ولما رفع الأمر كله لعمر بعد ذلك جمع عدداً من مجتهدى الصحابة واستشارهم فى الأمر، فذكر أكثرهم أنه لا شئ عليه ولا حق للمرأة فى التعويض عما أصابها، وقالوا له : إنما أنت والمؤدب، ومعناه أن عمر لم يخطئ فى إرساله الرسول، من جهة أنه يؤدى واجبه فى حفظ الآداب العامة، حتي إنه ليكون مخطئا إن قصر فى ذلك. غير أن على بن أبى طالب الذى كان بين الحاضرين لم يعجبه هذا الرأى، وقال له قد أفزعتها فوجبت ديتها عليك. ومعني هذا الذى قاله على أنه كان علي

رسول عمر ألا يفزع المرأة وأن يبلغها بطلب عمر حضورها على نحو يبدى فيه الأسباب، فإذا لم يفعل ذلك يعد مخطئا لا فى أدائه واجباته وإنما فى طريقة أداء هذه الواجبات، وتفيد الروايات أن عمر مال إلي هذا الرأى علي الفور وطلب من على أن يبدأ فى إجراءات فرض الدية. والمبدأ الذى أرسته هذه القضية أنه لا يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر أن يحدث هذا الضرر بفعل مادى كالضرب والقتل، بل يجب التعويض كذلك إذا حدث الضرر بفعل معنوى كالترويع والتفريغ. ولم يعترف القانون الإنجليزى بالتعويض عن الضرر الناشئ من التفريغ إلا فى العصر الحديث .

المسألة الحجرية :

وإذا كان الحق واضحاً فى القضايا السابقة، حتي انتهي الأمر إلي نسيان الآراء المخالفة فى تاريخ التفكير الفقهى فإن هناك عددا من القضايا الرائدة هى الأخري، وإن لم يكن للرأى المقضى به أن يدخل الرأى المخالف له إلي دائرة النسيان. من ذلك قضية الحجرية أو الحمارية التى رفعت لعمر بن الخطاب. ذلك أن امرأة ماتت وتركت زوجا وأما وأخوين لأم وأخوين شقيقين. وقد حكم عمر أول الأمر طبقاً لما يتبادر إلي الذهن من نصوص القرآن، فأعطي الزوج النصف والأم السدس والأخوين لأم الثلث، ولم يبق للأخوين الشقيقين شئ لأن ميراثهم بالتعصيب أى يأخذون الباقى بعد أصحاب الفروض الذين استغرقت أنصباؤهم التركة كلها. وقد استأنف الأخوان الشقيقان الحكم أمام عمر وترافعا عن حقهما، وكانت وجهة نظرهما أن من غير العدل منعهما من أخذ أى شئ من التركة فى الوقت الذى استأثر فيه الأخوان لأم بثلث هذه التركة مع أنهما يتصلان إلي المتوفاة بالأم التى يتصل بها الإخوة الأشقاء كذلك، وقد أرادا تأكيد وجهة نظرهما بطلب استبعاد الأب الذى يشتركان فيه مع المتوفاة، والتركيز علي الأم التى تصل جميع الأخوة (الأشقاء ولأم) إلي المتوفاة، وقالا قولتهما التى اتخذت

المسألة اسمها منها «هب أن أبانا كان حماراً أو حجراً فى اليم ألسنا أولاد أم واحدة» • وأدت هذه القوة فى الترافع إلي إقناع الخليفة بتغيير الحكم الأول فقضى بالتشريك بين الإخوة الأشقاء والإخوة لأم فى النصيب المفروض للأخوين لأم• غير أن عدداً كبيراً من فقهاء الأحناف أصر علي نفى التشريك وتوريث الإخوة لأم باعتبارهم وارثين بالفرض وتوريث الإخوة الأشقاء نصيبهم بالتعصب فلا يرثون إلا إذا بقي شئ من التركة بعد إعطاء أصحاب الفروض حقوقهم•

إيقاع الطلاق المتعدد :

وقد سيطرت بعض المبادئ التى أقامتها هذه القضايا ردحا طويلاً من الزمان، علي الرغم من معارضتها للمصالح الاجتماعية أحيانا ولم يستطع الفقهاء الخروج عنها ومخالفتها إلا بمشقة بالغة• من ذلك حكم عمر فى إيقاع الطلقات الثلاث بلفظ واحد ثلاثا بعد أن كانت لا تقع إلا واحدة أيام النبى ﷺ وأبى بكر وصدر خلافة عمر• وكان تعليل هذا التغيير بأن الناس قد تعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة وإمهال، فأمضاه عليهم زجراً لهم عن النطق بالطلاق علي هذا النحو• وقد أدي ذلك مع أسباب أخري إلي شيوع ظاهرة التحليل التى أوضح ابن تيمية فى فتاويه أسبابها الفقهية، واختار فى علاجه لهذه الظاهرة إيقاع الطلقات الثلاث واحدة، وهو الأمر الذى أخذت به قوانين الأسرة فى البلاد الإسلامية الحديثة كلها علي وجه التقريب•

قضية الصناع ونقل عبء الإثبات :

لا تقتصر المبادئ التى أقامتها هذه القضايا علي الجوانب الموضوعية فيرجع إلي هذه الفترة عدد من الأحكام القضائية التى أقامت كثيرا من المبادئ الإجرائية وطرق الإثبات•

وتتجلي القدرة البالغة لقضاة هذه الفترة فى الاستناد إلي المبادئ الإجرائية لتحقيق أهداف موضوعية فيما أخذوا به فى قضية تضمين

الصناع. ذلك أن الصناع كالنجارين والخياطين والصاغة كانوا يأخذون المواد الأولية من أصحابها للعمل فيها وتسليمها إليهم مصنوعة نظير أجرة يتفق عليها. ويعتبر هؤلاء الصناع أمناء علي هذه المواد التى أخذوها من أصحابها. وتقضى القواعد الفقهية العامة بأن الأمين لا يضمن تلف ما يؤتمن عليه إلا بإثبات تعديه، وذلك بتعمد إتلافه أو بالإهمال فى حفظه. غير أنه اتضح من عددٍ من القضايا التى رفعت فى هذه الفترة أن أصحاب هذه المواد لا يستطيعون إثبات تعدى الصانع ولا إهماله، ولا علم لهم بمكان حفظ موادهم ولا كيفية حفظها، لأنهم يسلمونها إلي الصانع وينصرفون لأعمالهم الخاصة. وقد اتضح للقضاة أنهم لا يستطيعون مخالفة الأصل الشرعى القاضى باعتبار الصناع أمناء، وإن كان لا ينبغى فتح الباب أمام هؤلاء الصناع لتضييع أموال عملائهم، وقد تمثل الحل السعيد فى نقل عبء الإثبات إلي الصناع. ذلك أن الصانع إذا ادعي ضياع المادة الخام التى كان صاحبها أعطاها له، فإن صاحبها لا يكلف بإثبات تعديه أو إهماله فى حفظ هذه المادة، لتعذر معرفته بكيفية الحفظ وظروفه، وإنما يكلف الصانع بإثبات عدم تعديه، فإذا أخفق فى إثبات ذلك وقع الضمان عليه ووجب عليه تعويض مالك المادة الخام.

غير أن عدداً من القضاة من بينهم شريح وابن أبى ليلي اتجه إلي الحكم بتضمين الصناع مطلقا، بناء علي أنهم التزموا برد العين مصنوعة فى عقد صحيح واجب الوفاء، ولا تبرأ ذمتهم عما وجب عليهم إلا بأداء العين مصنوعة إلي صاحبها. فإذا لم يف بذلك ضمن العين مصنوعة ودفع الأجرة المتفق عليها إلي الصانع. وقد طلب أحد الصناع من شريح إعفاءه من الضمان لأن العين احترقت ضمن ما احترق من بيته فى حادث ثابت بيقين، فرفض شريح هذا الطلب متسائلا، «أكنت تترك له الأجرة لو احترق بيته». ومعناه أن مسئولية الصانع مسئولية مطلقة، والأمر خلاف ذلك علي الرأى الأول الذى

يعتبر الصانع أميناً، ولا يضمن إلا بالتعدى، ولذا لو استطاع إثبات احتراق بيته دون تعد منه ولا تقصير انتقي الضمان عنه٠

وترجع أهمية هذه القضية ومبدأ «نقل عبء الإثبات من المدعى إلى المدعى عليه» لنجاح هذا المبدأ فى تحقيق الاستجابة للمصلحة الاجتماعية دون أدني معارضة للقواعد الموضوعية وذلك باتباع الوسائل الإجرائية، وهو الأسلوب الذى أخذت به قوانين الأسرة فى مصر عام ١٩٢٠، ١٩٢٩ فى تقديم العلاج لبعض ما اعتبر من المشكلات الاجتماعية٠ ويتمثل هذا الأسلوب فى عدم سماع الدعوي الذى قد نتعرض له فى مناسبة لاحقة٠

استجواب الشهود :

وأعتقد أن من أهم المبادئ الإجرائية التى أرساها القضاء فى هذه الفترة مبدأ استجواب الشهود والتفريق بينهم والإفادة فى التحقيق مما يقوله كل منهم فى حق الآخر٠ إذ ينسب لعلى بن أبى طالب رضى الله عنه فى قضية المرأة التى اتهمت قريبة زوجها بسوء السلوك، وجاءت بجاراتها يشهدن علي ذلك وعلي افتضاض بكارة هذه القريبة علي الرغم من عدم سبق زواجها لتأكيد هذا الاتهام٠ فأحضر على المرأة وشاهداتها فى مجلسه وفرق بينهن، وسأل المرأة منفردة فأصرت علي قولها، وجاء بالشاهدات واحدة واحدة يستجوب كلاً منهن ويعيدها إلي مكانها الخاص بها، ويوهم كل واحدة منهن بأن الأخري قد نطقت بالحق، حتي اعترفت إحداهن فى نهاية المطاف بأن المرأة والشاهدات الأخريات هن اللاتى ارتكبن جريمة افتضاض البكارة لتقديم دليل إلي المحكمة يفيد سوء سلوك هذه الفتاة٠ وإنما قصدت المرأة من هذا كله أن تقنع زوجها بفساد سلوك هذه الفتاة الجميلة حتي لا يفكر فى الزواج منها٠ وموضع التأمل فى هذه القضية ما يروى من فرح على رضى الله عنه بعد نجاحه فى حمل الشاهدات علي الاعتراف بالحقيقة فيما يبدو من قوله «الله أكبر، أنا أول من فرق بين الشهود» ٠ ويدل هذا

فى الحقيقة علي وعى هؤلاء القضاة العظام بما كانوا ينسجونه من مبادئ إجرائية ذات قيمة ثابتة فى التفكير الفقهى الإسلامى.

توجيه الخلفاء لقضاتهم :

وتجدر الإشارة إلي حقيقة العلاقة بين الخلفاء الراشدين وقضاتهم. وبالرغم من أن الخليفة هو الذى يعين قضاته فلم يكن يتدخل فى أعمالهم، ولكن كانت له محكمة يرجع إليها فى استئناف الأحكام وفى القضايا الإدارية التى تحتاج إلي قوة الدولة.

وتبدو هذه العلاقة فى توجيه الخليفة لقضاته بإصدار مذكرات أو منشورات تحدد الخطوط العامة لعمل القاضى. ولعل من أبرز هذه المذكرات وأشهرها علي الإطلاق كتاب عمر بن الخطاب إلي أبى موسى الأشعرى الذى شرحه ابن القيم فى أكثر من ثلاثمائة صحيفة، ويستحق أن يعد دستوراً كاملاً للعمل القضائى .

وينطوى هذا الكتاب على مجموعة متنوعة من المبادئ والأصول التى يلتزم بها القاضى فى عمله، وتتلخص عناوين هذه المبادئ فيما يلى:

١ - أهمية القضاء وحكمه الشرعى .
٢ - منهج القاضى فى فهم النصوص والعمل بها وقياس ما لم ينص علي حكمه علي ما هو منصوص عليه .
٣ - وجوب متابعة تنفيذ أحكامه .
٤ - المساواة بين الخصوم فى كل شئ وحسن معاملتهم بالرفق والصبر .
٥ - دعوة المتقاضين إلي الصلح وحثهم عليه وتنبيههم إلي أنه الأفضل فى حدود مبادئ الشريعة .
٦ - الاعتماد فى إثبات الحق علي ما يبينه وإمهال المتنازعين لتوفير ما يؤيد حقهم، وافتراض عدالة الشهود ما لم يثبت غير ذلك.

وينتمي هذا الكتاب فيما يظهر لى إلي سلسلة المدونات والتشريعات التى كانت تصوغها الدولة بأجهزتها المختلفة وتلزم القضاة بتطبيقها·

النظام المالى للدولة :

ولابد أنه قد صدرت فى عهد عمر بن الخطاب بعض التشريعات المالية المتعلقة بتنظيم تحصيل الجزية والخراج والعشور وسائر الواجبات المالية اللازمة لقيام الدولة بوظائفها المختلفة، وهو ما يدل عليه اجتهاد الخليفة الثانى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى تدوين الدواوين ونصب العشار علي طرق التجارة لتحصيل الواجب علي التجار فى أموالهم· وفى سياق وضع النظام المالى للدولة اختلف عمر رضى الله عنه مع بلال ومجموعة من الصحابة رضوان الله عليهم فى مسألة قسمة الأرض المفتوحة علي الغانمين من أفراد الجيش المقاتل، طبقا لما جاء فى آية قسمة الغنيمة الواردة فى سورة الأنفال· غير أن عمر خشي أن تفقد الدولة المورد الأساسى للإنفاق علي مصالحها ورأى إبقاء الأرض فى يد أهلها يزرعونها ويؤدون خراجها إلي الدولة· ولم يوافق بلال ومن معه علي هذا الرأى، واشتد خلافهم مع عمر حتي كان يدعو فى صلاته قائلاً اللهم اكفنى بلالا وأصحابه· وفيما بعد رجع هؤلاء إلى رأى عمر·

مقارنة :

وأخلص إلي أن قضاة هذه الفترة وأصحاب المسئوليات العملية قد نجحوا فى إرساء مبادئ التفكير الفقهى علي نحو ناضج ومتطور لا يمكن أن يقارن بما كان سائداً فى العالم آنذاك من تفكير· ولكى يتسني تقدير جهد قضاة هؤلاء الفترة تكفى الإشارة إلي ما كانوا يقومون به ويفكرون فيه من إرساء أسس استجواب الشهود ونقل عبء الإثبات إلي المدعى عليه فى الأحوال التى يؤدى الإصرار على تكليف المدعى

بهذا العبء إلي ضياع حقه، وذلك فى الوقت الذى كان يجرى فى إثبات الحقوق فى القانون العرفى الإنجليزى عن طريق إجراء اختبار النار Test of Fire أو اختبار الماء Test of Water بمعني أن يكلف المدعي عليه بوضع النار فى يده فترة معينة ، وتثبت التهمة عليه إذا لم يبرأ من جروحه فى الوقت المحدد لذلك• وكذا الحال بالنسبة للاختبار الآخر• ولم يتخلص القانون العرفى الإنجليزى من هذه الخرافات إلا فى نهاية العصور الوسطي• وقد ساد فى أوربا الاحتكام إلي المبارزة لتمييز صاحب الحق فى الدعوي كذلك •

* * *

المبحث الثانى

التفكير الفقهى [المدارس الفقهية]

تقديم :

شُغل عدد من الصحابة بالنظر فى النصوص الشرعية وفهمها وإبداء آرائهم فيما يعرض لهم من مسائل لعدد من أتباعهم الذين التفوا حولهم وأكبُّوا على هذا الذى أخذوه منهم يحفظونه ويتدارسونه وينقلونه إلى من بعدهم ٠ وقد انهمك هؤلاء فى هذا الاتجاه التعليمى النظرى، وانصرفوا عن تولى المناصب الإدارية أو القضائية٠ من هؤلاء عبدالله ابن مسعود وزيد بن ثابت وابن عباس وأبوهريرة وأنس بن مالك وعبد الله بن عمر وعائشة وعلقمة ومسروق وإبراهيم النخعى وسعيد بن المسيب وغيرهم من هؤلاء الذين شكلوا عددا من المدارس الفقهية فى الأمصار المختلفة٠ وكانت مدرستا الكوفة والمدينة أشهر هذه المدارس، نظراً لوجود عدد غير قليل من كبار الفقهاء والمفتين فى كل من هاتين المدرستين، مما أدى إلى خلق تقاليد خاصة بكل مدرسة منهما، وانتقلت هذه التقاليد من جيل إلى الجيل الذى يليه، حتى تميزت كل منهما عن الأخرى فى ذهن تلاميذها وأتباعهم، وجرى الانتصار لسماتها الخاصة، وذلك بمهاجمة الأخرى والنيل من آراء زعمائها٠ واستخدمت مدرسة المدينة فى هجومها على مدرسة الكوفة اتهام زعمائها بقلة البضاعة فى الحديث والاعتماد على الرأى بدلا من السنة، وبأنهم الأرأيتيون الذى يعمدون إلى افتراض المسائل، ولا يقتصرون على بيان حكم ما وقع بالفعل٠

وقد فهم مؤرخو التشريع الإسلامى بعد انفصال هذه الاتهامات عن ظروفها الواقعية أن هناك مدرستين متميزتين، تقوم أولاهما على تأييد العمل بالسنة وتقوم الأخرى على تأييد العمل بالرأى٠ ولا يصح

هذا التقسيم من الناحية الواقعية، فموقف المدرستين من إعمال السنة موقف واحد لا يختلف. وتقطع شواهد لا حصر لها بوحدة موقف المدارس الفقهية فى القرن الأول وما تلاه من العمل بالسنة، إذ إن هذا العمل شرط انتساب أية مدرسة للفقه الإسلامى. وفى بحث الأستاذ الدكتور عبدالمجيد محمود عن فقه المحدثين حشد لعدد من الأدلة القاطعة التى تدعم هذا الافتراض.

وللدلالة على عمق التقارب بين ما سمى بمدرسة الحديث (المدينة) وما سمى بمدرسة الرأى (الكوفة) بالنظر إلى نظام المواريث فى كل منهما فإنه يلاحظ أن النظام الذى أخذ به فقهاء المدينة لا يختلف عما أخذ به نظراؤهم فى الكوفة. وإنما يكمن الخلاف بينهما فى فهم النصوص التشريعية وتنزيلها على الواقع فى مسائل ذات طابع ثانوى. من ذلك مسألة توريث ذوى الأرحام، كأولاد البنات والأخوات، إذ لم يوجد صاحب فرض ولا عصبة. وفى هذا يرى فقهاء مدرسة الكوفة حق ذوى الأرحام فى الميراث إذا لم يوجد من يتقدم عليهم من أصحاب الفروض والعصبات. أما أهل المدينة فلا يرون لذوى الأرحام حقا فى الميراث، بناء على أن القرآن لم يثبت لهم ميراثا، وليس فى السنة ما يدل على وجوب توريثهم. أما أهل الكوفة فيؤيدون رأيهم فى توريث ذوى الأرحام بأن القرآن اعترف بحقوق النساء فى الميراث، فناسبه الاعتراف بحقوق ذوى الأرحام. ويرى أهل المدينة أيلولة التركة لبيت المال إذا لم يوجد أحد من الوارثين بالفرض أو التعصيب. ولا تصح الوصية بما فوق الثلث عند أهل المدينة الأيلولة التركة عندهم لبيت المال إذا لم يوجد أحد من الوارثين بالفرض أو التعصيب. وتصح الوصية بما فوق الثلث عند أهل الكوفة إذا لم يخلف الميت وارثا بالتعصيب أو الفرض أو أحدا من ذوى الأرحام. على حين أن مثل هذه الوصية لا تجوز عند أهل المدينة، ويذهب مازاد عن الثلث إلى بيت المال. وهكذا فإن الخلاف حول مكانة بيت المال فى نظام التوريث بين المدرستين هو الذى قاد إلى هذه الاختلافات الفرعية. وقد رأى أهل المدينة أن حق جماعة

المسلمين فى الميراث يلى حق أصحاب الفروض والعصبات نظرا للمسئولية المالية لهذه الجماعة عن أفرادها ولعلاقة الولاية والنصرة التى تربط عناصر هذه الجماعة. ولا ينازع الأحناف فى هذا كله لكنهم يعتبرون حقوق ذوى الأرحام أقوى من جهة أنهم ينتمون إلى هذه الجماعة ويزيدون على ذلك من جهة أخرى أنهم أقارب الميت من جهة الرحم فتتقدم حقوقهم على غيرهم.

وكذلك كانت القسامة فى مدرسة المدينة أحد طرق إثبات ارتكاب جريمة القتل، حيث لا يمكن إثبات هذه الجريمة بالإقرار أو بالشهادة. وقد ذكر مالك مذهب أهل المدينة فى ذلك وبين أن القسامة لا تجب عندهم إلا بأحد أمرين : أولهما أن يعين المقتول قاتله قبل زهوق روحه ، ويقول عن شخص بعينه إنه هو الذى ضربه. والثانى أن يكون هناك دليل قوى على أن المتهم هو القاتل، وإن لم يكن هذا الدليل قاطعا فى إثبات التهمة. من ذلك أن يجرى القبض على المتهم إلى جوار القتيل وفى يده سكين يقطر دما، فيغلب على الظن فى مثل هذا الحال أنه هو القاتل. وفى هذه الحالة يستحلف أولياء المقتول خمسين يميناً على أن المتهم هو الذى ارتكب جريمة القتل، فتثبت عليه التهمة بهذه القرائن وبالأيمان كذلك، ويجب عليه القصاص.

أما عند أهل الكوفة فللقسامة معنى آخر، هى أنه إذا وجد قتيل فى مكان، ولم يعرف القاتل، فإن الذين يقيمون فى هذا المكان يقسمون خمسين يميناً على أنهم لم يقتلوه ولا يعرفون قاتله، فتثبت عليهم الدية بعد أداء اليمين، لأنهم أولى بها من غيرهم، وحتى لا يطل (يهدر) دم فى الإسلام كما جاء فى حديث النبى ﷺ .

وترقى القسامة عند أهل المدينة بهذا إلى أن تكون دليلاً إيجابيا تثبت به جريمة القتل فى ظروف وجود قرائن قوية على قيام التهمة، على حين أن القسامة عند أهل الكوفة لا تعدو أن تكون دليل نفى لإبعاد التهمة عن أهل المحلة الذين وجد المقتول بينهم .

وكان قبول الآثار والسنة أو ردها للحكم بقوة نسبتها للنبى ﷺ أو ضعف هذه النسبة سبباً فى اختلاف الرأى بين علماء هاتين المدرستين. يدل على ذلك من فقه الجنايات أن أهل المدينة يذهبون إلى أن المسلم إذا قتل غير مسلم فالقصاص غير واجب على المسلم حتى لو تعمد القتل، ويروون فى ذلك حديثاً يرفعونه مفاده أنه لا يقتل مؤمن بكافر. ولا يرى أهل الكوفة صحة هذا الحديث. ويحكمون بضعفه وبمخالفته لما هو أقوى منه فى النسبة. ولذا فإنهم يأخذون بأن المسلم إذا قتل غير مسلم متعمدا فإن القصاص يجب على المسلم، سواء كان المقتول ذميا من رعايا الدولة الإسلامية، أو مستأمنا جاء إلى هذه الدولة لفترة محدودة. ولا يقاد من المسلم بغير المسلم إذا كان غير المسلم حربيا، أى مواطنا من أبناء دولة أخرى فى حالة حرب مع الدولة الإسلامية، ولم يؤذن لهذا المواطن بدخول الدولة الإسلامية. ويروى أهل الكوفة فى الاستدلال على رأيهم حكما للنبى ﷺ فى قضية قتل مسلم لغير مسلم، فأمر النبى ﷺ بالقصاص وقال أنا أحق من وفى بذمته. ويستدل الأحناف لمذهبهم هذا بحديث آخر يتعلق بإرساء التسوية بين المسلمين وغيرهم فى الحقوق والواجبات ولفظه: «لهم ما لنا وعليهم ما علينا» وقد نقل أبوبكر بن أبى شيبة أن رسول الله ﷺ قتل رجلا من أهل القبلة قصاصا لقتله رجلا من أهل الذمة، وقال أنا أحق من وفى بذمته. وهو مذهب على وعبدالله بن مسعود وميمون بن مهران وإبراهيم النخعى زعيم مدرسة الكوفة الفقهية فى القرن الأول الهجرى.

ومن ذلك الحكم بقتل السيد إذا قتل عبده، ويقتص منه إذا كان القتل عمدا فى مذهب إبراهيم النخعى وشعبة والحكم، ويرفعون الحكم بذلك إلى النبى ﷺ. لكن مذهب سالم والقاسم بن محمد من فقهاء المدينة أن الحر لا يقتل بالعبد، ولكن ويطال حبسه ويعزر بما يراه القاضى. ولا يرقى الأثر الذى احتج به الموجبون للقصاص إلى مرتبة

الصحة عند النافين له.

وإنما ترجع أسباب الخلاف بين هاتين المدرستين بهذا الفهم إلى ما يلي:

١- الخلاف في عدد من المبادئ العامة التي يُرجع إليها الخلاف في كثير من الفروع والجزئيات ، كما رأينا في توريث بيت المال والقسامة.

٢- الخلاف في فهم النصوص الشرعية وتفسيرها.

٣- الخلاف ف٤ى الحكم على الحديث المنسوب للنبي ﷺ بالصحة أو الضعف.

المقارنة بين المدارس :

والذي نخلص إليه مما سبق أنه لا يجوز التفريق بين المدارس الفقهية التي نشأت في البلاد الإسلامية في القرن الأول الهجري على أساس موقفها من السنة أو الرأي، إذ تشترك هذه المدارس جميعها في الاعتماد على السنة والتسليم بحجيتها وعدم جواز مخالفتها، كما أنها تشترك كذلك في العمل بالرأي والاجتهاد في النظر الفقهي. ومعناه أن مادة النظر الفقهي واحدة وكذا المنهج الذي يقوم عليه هذا النظر. ولا يلتفت إلى الهجوم الذي كانت تشنه كل مدرسة على الأخرى في التعرف على سماتها الخاصة؛ فقد كان مبعث هذا الهجوم غير موضوعي. والذي يدل على اتفاق مناهج النظر بين هذه المدارس أن ابراهيم النخعي زعيم مدرسة الكوفة كان يلقب بأنه صيرفي الحديث أي الخبير بصحيحه من زائفه، أما صنوه في مدرسة المدينة وزعيمها سعيد بن المسيب فقد كان جريئاً في الفتوى، وما هذه الجرأة إلا لاعتماده على الرأي، وقد كان تلميذه ربيعة يلقب بربيعة الرأي، وكان الشعبي زميل إبراهيم في مدرسة الكوفة يطلق عليه أنه صاحب آثار.

دور فقهاء هذه المدارس :

إذا استقام اتفاق هذه المدارس فى العمل بالسنة والرأى معا فإن دورهم الذى ينصب على تعليم الفقه ومدارسته قد تمثل فى الجوانب التالية :

١ - صياغة منهج التفكير الفقهى وتأكيد الاستقرار على حجية السنة ووجوب العمل بها مع التسليم بحجية القياس والرأى الفقهى بجميع أنواعه الذى يشمل الاستحسان وإعمال مقاصد الشريعة. ولعل توجيه الاتهام إلى إحدى المدارس الفقهية بإغفال السنة أحياناً أو باتخاذ موقف نقدى يتسم بالشدة من بعض المرويات مما يدل على أنه لم يكن فى وسع أى فقيه مسلم أن يتقبل اتهاما بإنكار دور السنة فى التشريع والبحث عن الحكم الشرعى. ومن جهة أخرى فقد تم التسليم فى هذه الفترة بمشروعية الاجتهاد، وتردد مصطلح القياس فى صياغة لأحكام الشرعية. فهذا إبراهيم النخعى زعيم مدرسة الكوفة والمتوفى عام ٩٣هـ يقول : ما كل ما قلناه خفظناه ولكننا نسمع الشئ الواحد فنقيس عليه مائة شئ. وقد استفتى ميمون بن مهران فى الواجب فى الخضروات فقال : ليس فيها زكاة حتى تباع فإذا بيعت فبلغت مائتى درهم فإن فيها خمسة دراهم. وقد روى أبوعبيد عن ابن شهاب أنه قال : ما كان من الفواكه والخضر فإنما صدقتها فى أثمانها حين تباع، صدقة الذهب والورق، أى الفضة؛ فقد ألحقوا زكاة الخضروات والفواكه بزكاة عروض التجارة وزكاة النقدين من الذهب والفضة. ومنه قياسهم الأرز والحمص والبقول على الحنطة والشعير فى إيجاب الزكاة وتحريم التعامل الربوى فيها لاتخاذها أقواتا. ولعل منه قياس بعض فقهاء الكوفة الدم على نواقض الوضوء الأخرى لاشتراكه معها فى كونه من النجاسات الخارجة من البدن. ومنه كذلك فيما يظهر ما ذكره إبراهيم النخعى فى جواز تقلد السيوف والقوس فى الصلاة، قائلاً : «السيف والقوس بمنزلة الرداء».

٢ – إعمال معانى النصوص ومقاصدها، من ذلك أخذ فقهاء المدينة بالتفريق فى القتل العمد بين وجود دوافع شخصية للقاتل كالثأر والانتقام والعداوة وبين الأحوال التى لا يوجد فيها مثل هذه العداوة، بما يجعل فعل القاتل موجها ضد الجماعة، ويسمى فقهاء المدينة هذا النوع بالقتل الغيلة• وعندهم أن حق أولياء الدم فى العفو تنحصر فى النوع الأول، أما النوع الثانى فلا حق للأولياء فى العفو فيه• ولعل هذا التفريق يتفق مع ما أراده الشارع من ردع المجرمين الذين يهددون أمن الجماعة ويسعون إلى الإفساد فى الأرض• ويحكى الشافعى مذهب أهل المدينة فى ذلك بقوله : «قال أهل المدينة : إذا قتله قتل غيلة من غير ثائرة ولا عداوة فإنه يقتل وليس لولاة المقتول أن يعفوا عنه، وذلك إلى السلطان، يقتل فيه القاتل »•

وعلى الرغم من أن الشافعى لا يُسلم بهذا الرأى ويترك الحق فى العفو إلى الأولياء، وليس للسلطان عنده إذا عفا أحد الأولياء إلا تعزير الجانى بما هو دون القتل، فأجد أن رأى أهل المدينة فى استبعاد حق الأولياء فى العفو إذا كان القتل غيلة هو الأقرب إلى مقصود الشارع فى المحافظة على حقوق الجماعة• ذلك أنه إذا كان الباعث شخصيا والعلاقة الدافعة إلى القتل شخصية فالمناسب لهذا أن يعطى المجنى عليه أو أولياؤه حق العفو عن القصاص• أما القاتل لأسباب غير شخصية والمتخذ قراره بالقتل دون نظر إلى شخص الضحية، قصداً إلى أخذ المال والسرقة، أو العدوان على الأعراض أو للإرهاب فإن عدوانه على الجماعة ويتولى ممثلها الدفاع عن حقوقها بمحاكمته واستيفاء القصاص منه، لا دخل لأقارب القتيل فى شئ من ذلك•

وقد أفتى إبراهيم النخعى بالتسوية بين ديون الميت الناشئة من عقود المضاربة والوديعة والقرض وثمن المبيع باعتبارها ديونا لازمة فى ذمة الميت ورأى أنها تقسم على الغرماء بنسبة ما لهم عليه• وقد روى عن إبراهيم كذلك ألا يرث القاتل مطلقا ولو كان القتل خطأ أو بالتسبب

لعموم قوله ﷺ «لا يرث القاتل».

٣ - مراجعة كثير من الأحكام القضائية والقرارات الإدارية والتنفيذية لتأييدها أو رفضها بالاستناد إلى القواعد والمعايير المتضمنة فى القرآن الكريم والسنة النبوية. من ذلك ما رواه مالك فى الموطأ أن مروان بن عبدالملك كان يصدر لجنوده صكوكا بقدر معين من الغلال مستحق الوفاء بعد الحصاد. وكانت هذه الصكوك تشكل جزءا من رواتب هؤلاء الجنود. غير أن بعضهم كان يتعجل بيع هذه الصكوك قبل حلول موعد الوفاء بها لحاجته إلى المال أو لعدم حاجته إلى الطعام. وتعامل فيها هؤلاء الذين اشتروها بالبيع عند تحقيق ربح لهم، وذلك قبل قبض ما فيها من طعام. ومن المتوقع أن تؤدى كثرة هذه المعاملات الوسيطة إلى ارتفاع أسعار الطعام وحصول ربح دون عمل حقيقى. وقد وجد فقهاء هذه الفترة أن مثل هذا العمل يجب منعه بالاستناد إلى قاعدة منع بيع الطعام قبل قبضه التى وجدت تعبيرا لها فى سنة النبى ﷺ. ولذلك ذهب زيد بن ثابت ورجل من الصحابة إلى مروان ونهيا الخليفة عن ترك التعامل بالصكوك على هذا النحو، وقالا له إنك تحل الربا لو تركت هذه المعاملة، باعتبار أن المرابى يأخذ الزيادة دون مقابل، وهؤلاء التجار الذين يحصلون على الربح فى التعامل فى هذه الصكوك على فترات متنوعة من تاريخ استحقاقها يحصلون على ربح لا يقابله عوض. وقد جاء فيما ذكره مالك أن مروان أصدر أوامره بجمع الصكوك من الذين يتاجرون فيها وأمر بإعادتها إلى أصحابها.

وتتوارد الروايات عن عمر فى أنه هو الذى بدأ نصب العشارين على طرق التجارة لأخذ ما يجب على التجار من أموالهم عند مرورهم. لكن فقهاء التابعين قد كرهوا الممارسات التى كانت تتم فى هذا الصدد، وأوجبوا إعفاء تجار المسلمين وتجار أهل الذمة من التوقف أمام هؤلاء العشارين وقصروا ولاية هؤلاء العشارين على تجار أهل الحرب والمستأمنين منهم المأذون لهم بالتجارة فى البلاد الإسلامية نظرا إلى أن

دولهم تعامل التجار المسلمين على هذا النحو، فجازت معاملتهم معاملة مماثلة.

وقد تولى القضاة أنفسهم مراجعة القرارات الإدارية التي كان يتخذها كبار موظفي الدولة وقادتها. من ذلك ما يرويه البلاذرى أن وفدا من أهالى سمرقند شكا إلى عمر بن عبدالعزيز دخول جيش قتيبة بن مسلم بلدهم قبل أن يوجه إليهم قائده الإنذار الواجب طبقاً لأحكام الحرب فى التشريع الإسلامى. فكتب الخليفة عمر بن عبدالعزيز طالباً تنصيب قاض خاص، فعين لهم جميع بن حاضر الباجى فسمع شكواهم واستمع إلى ما قاله قتيبة ثم قضى بخروج المسلمين من سمرقند وعودة أهل سمرقند إلى حصونهم. وعلى القائد أن يبدأ بدعوتهم إلى الإسلام أو الدخول فى الجماعة الإسلامية ودفع الجزية أو الحرب طبقا لأحكام الشريعة. وخضع القائد العظيم لهذا الحكم وهَمَّ بالخروج لولا أن استبقاه أهل سمرقند بجيوشه.

٤ - مراجعة الأعراف والعادات السائدة فى البيئات المحيطة بالفقهاء وقبول هذه الأعراف أو رفضها طبقا للمعايير الشرعية. من أوضح ما يدل على ذلك نظرهم فى المشاركات والمضاربات واختلاف آرائهم فيهما متأثرين فى ذلك باختلاف هذه الأعراف؛ فقد قبل أهل الكوفة صورا عديدة من المشاركات لم تكن مقبولة لأهل المدينة.

٥ - الإجابة عما يعرض للناس من مشكلات يثيرونها ويستفتون علماء بلدهم فيها. وشهر عن بعض علماء هذا العصر الجرأة فى الفتوى كسعيد بن المسيب وإبراهيم بخلاف الشعبى معاصر إبراهيم وزميله فى مدرسة الكوفية الذى كان يعرض عن الإجابة ويكتفى بتوجيه السائل إلى ابراهيم فى أحوال كثيرة.

ومن الواضح أن مثل هذا النشاط الذى يقوم على المراجعات الجزئية للأنشطة الاجتماعية والعلاقات والقرارات الإدارية والأعراف وعادات الناس مما يتوقع معه أن تأتى الإجابات مشتتة جزئية لا يجمعها

رابط ولا يحكمها إطار نظرى عام. ومرد ذلك إلى غلبة الطابع العملى على النشاط الفقهى فى هذه الفترة التى شهدت عددا من التغيرات الواسعة المفاجئة. وتحتم على الفقهاء والقضاة أن يواجهوها فى ضوء المعايير الشرعية على نحو يحقق الاستجابة للمصالح الاجتماعية. وإذا ما التفتنا إلى الأحكام الفقهية والقضائية التى ترجع إلى هذه الفترة فإن لنا أن نقرر أن التفكير الفقهى لم يهدف إلى وضع مناهج نظرية وإنما عمل على مواجهة المشكلات العملية ووضع الحلول لها. ولذا تأخرت المنهجية والتنظير إلى الفترة التالية التى قام فيها الفقهاء بالنصيب الأكبر فى تحديد ملامح التفكير الفقهى ورسم مناهجه. وإذا اعتبرنا القضاة وأصحاب المسئوليات العملية هم رواد مرحلة نشأة التفكير الفقهى فى القرن الأول الهجرى فإن الفقهاء هم الذين احتلوا المكانة العليا فى المرحلة التالية، وهى مرحلة النضوج ونشأة المذاهب الفقهية.

خصائص التفكير الفقهى فى القرن الأول :

تميز التفكير الفقهى فى هذه الفترة بعدة خصائص من بينها:

١ - نجاح القضاة وأصحاب المسئوليات العملية فى فهم المبادئ الشرعية المتضمنة فى القرآن الكريم والسنة النبوية فى تطبيقها فى الواقع العملى فيما يعرض من خصومات وقضايا. يعبر عن هذا النجاح ويدل عليه الأحكام القضائية التى أرست العديد من المبادئ وشكلت عصب التفكير الفقهى فى مسيرته الطويلة. وترجع اجتهادات أبى بكر وعمر بن الخطاب ومعاذ وشريح وأبى بن كعب وابن أبى ليلى إلى هذه الطائفة من القضايا.

٢ - نشأة التفكير الفقهى من تراكم الأحكام القضائية والفتاوى العملية بمرور الوقت وكثرة القضايا وتنوعها نظراً لاتساع المجتمع الاسلامى. ويعكس مصنف أبى بكر بن أبى شيبة وجامع عبدالرزاق طبيعة التناول الفقهى الجزئى الذى يعتمد على استثارة مسألة

واقعية مع ذكر الرأى الفقهى دون تعمد البحث عن إطار نظرى يحكم هذه المسألة. ويشبه هذا التناول فى طبيعته عمل القضاة الذين ينحصر دورهم فى البحث عن حكم النزاع فى مسألة أو قضية مخصوصة بالمدعين وهو ما يؤكد تأثر التفكير الفقهى فى هذا القرن بالعمل القضائى.

٣ – تنوع الاجتهادات الفقهية وقبول الاختلاف فى النظر بين المدارس الفقهية المتباعدة فضلاً عن وقوع الاختلاف الفقهى بين أعضاء المدرسة الواحدة. ويعكس هذا مدى الحرية التى نعم بها فقهاء هذه الفترة.

٤ – استقرار التفكير الفقهى على مجموعة من المبادئ والقواعد داخل المدرسةالفقهية الواحدة على نحو كان له أثره فى تشكيل ملامح كل منها وتمييزها عن غيرها، كما التقت هذه المدارس جميعها على عددٍ من المبادئ مما أدى إلى ظهور أصل الإجماع بالقوة التى ظهر بها واكتسابه هذه المكانة التى استحقها فى التفكير الفقهى. من ذلك الاعتراف بدور السنة فى استنباط الأحكام الشرعية والتمييز بين أنواعها، وتحديد العقوبة على شرب الخمر بأربعين جلدة أو ثمانين والتشريك بين الإخوة الأشقاء والإخوة من الأم، والاعتداد بالمصالح والأعراف وما إلى ذلك. ويجب أن يكون واضحاً أن هذه الاتفاقات أو الإجماعات لم تحدث على نحو مقصود باتخاذ خطوات عملية لجمع العلماء على صعيد واحد وعرض المسائل التى يراد أخذ رأيهم فيها وإنما حدثت على نحو عفوى اقتضته هذه القوى الخفية المؤثرة فى تكوين الأعراف ونشأتها واعتمدت على الاستجابة الفردية للعلماء والقبول العام لاجتهاداتهم ومرور الوقت دون بروز معارضة حقيقة للاجتهاد محل الإجماع.

٥ – ظهور الوضع فى الحديث لأسباب عديدة من بينها :

أ – انقسام المسلمين حول موضوع الإمامة إلى عدة طوائف

وظهور فرق الخوارج والشيعة والجمهور. أما الخوارج فقد أرادوا إيجاد نوع من الحكم الديمقراطى، بحيث لا تحتكر السلطة طائفة ولا قبيلة وإنما يكون السعى إلى ثبوتها حقا لأى مسلم حاز ثقة جماهيرهم. وعلى الرغم من نبل المقصد الذى سعت إليه هذه الطائفة فإن البناء التشريعى الذى قدموه لهذه الجماهير لم يحظ بثقتهم، ولعل هذا هو سر إخفاق المشروع السياسى الذى قدمته الخوارج. وقد سعى الشيعة من جانبهم إلى فرض استمرار الخلافة فى آل البيت. أما الجمهور فقد اتخذ موقفاً وسطاً يعتمد على المناداة بانحصار الخلافة أو الإمامة فى قبيلة قريش، لأسباب عملية من جهة، ولوجود حديث يدعو إلى أن الأئمة من قريش. وتجدر ملاحظة اختلاف تفسير الجمهور لهذا الحديث بعد تغير الظروف العملية، طبقا لما أورده ابن خلدون فى مقدمته.

وقد حمى وطيس هذا الخلاف بين هذه المذاهب منذ هذا التاريخ إلى الآن للأسف الشديد، واستخدام السلاح أحياناً غير قليلة، والعلم فى أحوال كثيرة، وعمد رجال هذه المذاهب إلى وضع السنن المؤيدة لمعتقداتهم حرصا على كسب الرأى العام فى صفوفهم.

ب - المنافسة بين المدارس الفقهية المختلفة وتعصب بعض أتباع هذه المدارس لمقرراتها واجتهادات علمائها على نحو أدى إلى المغالاة فى ذلك بوضع الأحاديث المؤيدة لاجتهادات هؤلاء العلماء ونسبتها كذباً إلى النبى ﷺ.

جـ - تساهل بعض العلماء فى أحاديث الترغيب فى فضائل الأعمال والترهيب من سيئها.

وأدى ظهور الوضع فى السنة على هذا النحو إلى عدد من النتائج من بينها :

أ - مقاومة العلماء لوضع الحديث عن طريق العناية بمعرفة رواة الأحاديث ودرجتهم من الحفظ والضبط والأمانة فيما

يرونه ووضع المعايير الضرورية للشقة بما يروى من الأحاديث.

ب - ازدياد الميل إلى تدوين السنة وظهور علم الجرح والتعديل الخاص بتعقب أحوال الرواة.

جـ - اضطرار أئمة الفقهاء إلى اجادة فن نقد الحديث والتمييز بين ما كان منه صحيح النسبية للنبى ﷺ وما كان منه زائف النسبة. وهذا هو ما يستفاد من وصفهم لابراهيم النخعى زعيم مدرسة الكوفة فى أواخر القرن الأول بأنه كان صيرفى الحديث.

* * *

الفصل الرابع

عصر المذاهب الفقهية

تقديم

كانت المجتمعات الإسلامية فى القرن الثانى الهجرى قد استكملت بنيانها الإدارى والقضائى ، وتعودت على مواجهة مشكلاتها، مستفيدة من الخبرات والقرارات والأحكام التى اجتمعت لها فى القرن الأول الهجرى. ومن الواضح أن ضغط الأحداث المتدافعة قد بدأ يخف أثره، وتكونت لهذه المجتمعات الآليات المناسبة للتعرف على هذه الأحداث ومواجهتها، وصار لدى القادة وأولى الأمر والعلماء وقتاً كافياً لتحسين الحلول والتفكير فى المناهج والتنسيق ووضع القواعد والنظريات، وتدوين هذا كله فى مؤلفات يتيسر رجوع المتعلمين والقضاة والمفتين إليها. وقد كان طبيعيا أن يستمر القضاة فى عملهم الذى بدأوه ، وأن تسند مهمة التقعيد والتنظير للفقهاء. ولم ينس العالم الإسلامى فضل هؤلاء الفقهاء الذين لم يقصدوا إلى بناء مكانتهم الشخصية، ولم يدر فى خلد أيٍ منهم أن المهمة التى تكفل بها كانت أدق أو أهم من المهمة التى أُسندت إلى جيل الأوائل أو إلى الجيل الذى نشأ فى المدارس الفقهية. لقد وضع بذرة التفكير الفقهى فقهاء الصحابة وقضاتهم، وهم الذين قاموا بإرساء المبادئ ووضع البذور، وتعهد التابعون ورؤساء المدارس النبات الذى اشتد على

سوقه وأخرج كثيراً من ثمره، وجاء رؤساء المذاهب الذين لم يكونوا إلاّ تلاميذ في هذه المدارس، فعرضوا هذه الثمار فى مؤلفاتهم على نحو يأخذ بالألباب ويستهوى الأبصار، فنسى الناس من عداهم، وتعلقوا بهم، وتعصبوا لهم وقلدوهم.

أسباب ازدهار التفكير الفقهى فى هذا العصر :

استفاد فقهاء هذا العصر فى قيامهم بواجبهم فى التعقيد والتنظيم بكثير من العوامل من بينها :

[١] عناية الخلفاء العباسيين بالفقه والفقهاء، وتعيين القضاة من بينهم، وتكليف هؤلاء الخلفاء الفقهاء بصياغة التشريعات اللازمة للدولة. وهذا هو ما فعله هارون الرشيد حين طلب من أبى يوسف تأليف كتابه الخراج، للإفادة من القواعد التى ينتهى إليها فى جباية أموال الدولة، وتحديد أوجه صرفها. وقد قام أبو يوسف بوضع هذا الكتاب بالفعل وضمنه عدداً من الأمور المتعلقة بالنظام الجنائى وتنظيم السجون، وكيفية معاملة المسجونين، وما إلى ذلك من أمور .

وكذلك طلب الخليفة العباسى الآخر أبو جعفر المنصور من الإمام مالك أن يضع كتاباً فى الفقه سهل المأخذ، يتجنب فيه رخص ابن عباس وشدائد ابن عمر، فأجابه إلى طلبه بكتابه «الموطأ». وقد أراد الخليفة أن ينسخ الموطأ ويبعث بنسخة منه إلى كل إقليم للعمل به لولا أن نبهه الإمام مالك إلى أن لكل إقليم ظروفه التى قد تستوجب العمل باجتهادات فقهائه.

[٢] حرية الرأى واتساع دائرة الجدل بين الفقهاء وكثرة المناظرات وتعدد حلقات الدرس الفقهى، مما أدى إلى إثراء التفكير الفقهى.

[٣] نمو الحركة العلمية بسبب الترجمة عن ثقافات الأمم الأخرى من فرس ويونان وبسبب تدوين العلوم المختلفة كالحديث

والتفسير والفقه وأصوله، مما أدى إلى تيسير استيعاب الفقهاء لهذه العلوم والإفادة منها فى عملهم •

[٤] ازدهار النشاط التجارى للمسلمين وقيادتهم للتجارة العالمية، وهو ما أدى إلى ظهور كثير من المعاملات والأعراف التجارية التى مد الفقهاء بصرهم إليها لمعرفة أحكامها الشرعية •

بين عصر المذاهب والفترة السابقة عليه:

وعلى سبيل المقارنة بين هذه الفترة وبين سابقتها، فإنه يلاحظ أن فترة النشأة والتكوين كانت فترة تجريب وانطلاق، بحيث نجد العديد من المذاهب والمجتهدين ومصادر الاجتهاد، على حين تتسم فترة النضج ونشأة المذاهب بأنها فترة اختيار واستبعاد، حيث تندثر كثير من المذاهب وتستبعد بعض الاجتهادات والمدارس وتتحدد المناهج المقبولة للتفكير الفقهى، سعياً لتحقيق حسن التنظيم والتنسيق المنهجى•

عوامل تكوين المذاهب الفقهية :

يرجع تكوين المذاهب الفقهية واستمرارها إلى عدد من العوامل، من بينها :

[١] التفاف عدد من جمهور العلماء حولها وقبولهم مناهج وانتسابهم إليها• ولذا يجب ألا نتصور أن المذهب الفقهى الواحد يرجع إلى الإمام الذى يعرف المذهب باسمه، فإنه خلاصة عمل أجيال مختلفة تنقب فيه وتضيف إليه وتعدل من نتائجه•

[٢] التفاف الجماهير حولها وثقتهم فى رجالها والمنتسبين إليها من العلماء وبلوغ ذلك أحياناً مبلغ التعصب •

[٣] تأييد الدولة لمذهب من المذاهب وتبنيها تطبيقه، رغبة منها فى توحيد العمل القضائى الذى كان هدفاً سعت الدولة إلى تحقيقه دائماً •

ويجب ألا يغيب عن البال أن استمرار هذه المذاهب لم يكن

بفضل التفاف الجماهير حولها فحسب، وإنما ساعد عليه قيام الدولة بوضع المذهب موضع التطبيق بتولية فقهاء معروفين بالانتساب إليه مناصب القضاء أو بتكليف المعنيين فى هذه المناصب بالإلتزام بالرأى الراجح فى مذهب معين. وفيما يلى نبذة موجزة عن كل مذهب من المذاهب الأربعة .

أولا - المذهب الحنفى

إمام المذهب :

إمام هذا المذهب هو «أبو حنيفة النعمان بن ثابت» المتوفى فى النصف الأول من القرن الثانى الهجرى. تلقى الفقه فى مدرسة الكوفة ولزم حماد بن أبى سليمان الذى آلت إليه رئاسة هذه المدرسة بعد إبراهيم النخعى. وقد توفى حماد عام ١٢٠ من الهجرة ، فآلت زعامة هذه المدرسة إلى أبى حنيفة فى الثلاثين سنة التى عاشها بعد ذلك. ولم يقبل أبو حنيفة تولى منصب القضاء على الرغم من الضغوط العنيفة التى لقيها لإجباره على تولى هذا المنصب فى عهود الأمويين والعباسيين. ولا يجد المرء تبريراً للرفض إلا من تحديد أبى حنيفة نفسه لمهمته التى رأى أنها أولى بجهوده من غيرها. ولا يمكن أن يعزى هذا الرفض إلى عجزه عن الفصل فى الخصومات العملية، إذ إنه كثيراً ما كان ينتقد الأحكام القضائية لمحمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى قاضى الكوفة فى عصره، حتى أفسد هذا علاقتهما، وطلب هذا القاضى من أمير الكوفة أن يتدخل لحمل أبى حنيفة على عدم التدخل فى أحكامه القضائية ومتابعتها بالنقد والتحليل. ولا يمكن عزو السبب فى رفض تولى هذا المنصب إلى تقواه وزهده فى تولى المناصب، فقد كان أبو حنيفة أقدر الناس على فهم أن تولية القضاء لا يضيف شرفاً إلى شرفه ، ولا يؤثر فى تقواه ويعلل كولسون لانصراف الفقهاء عن تولى مناصب القضاء بخشيتهم من تدخل الحكام والتأثر

بما يوجبه الواقع العملى على حساب قواعد الشريعة ومبادئها النظرية.
وليس هذا صحيحاً كذلك فيما يبدو؛ فقد نصح أبو حنيفة كثيراً من تلاميذه بتقلد هذا المنصب . وفى رأى «محمد الخضرى» أن عرض منصب القضاء عليه فى عهد الدولة الأموية كان بقصد امتحان ولائه لدولة لم يكن يحبها، وأن رفضه تولى هذا المنصب كان تعبيراً عن كراهية النظام الأموى، وأن والى العراق ضربه على هذه الكراهية وليس لهذا الرفض.

منهجه الفقهى :

كان المنهج الفقهى لأبى حنيفة هو هذا المنهج الذى يحدده لنفسه بقوله :«إنى آخذ بكتاب الله إذا وجدته، فما لم أجد فيه أخذت بسنة رسول الله ﷺ والآثار الصحاح عنه التى فشت فى أيدى الثقات، فإذا لم أجد فى كتاب الله ولا سنة رسول الله ﷺ أخذت بقول أصحابه من شئت وأدع قول من شئت ، ثم لا اخرج عن قولهم إلى قول غيرهم، فإذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبى والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب فلى أن اجتهد كما اجتهدوا».

ومن تلاميذه «أبو يوسف ومحمد» اللذان عرفا بالصاحبين، وعاونا فى نشر المذهب وتدوينه والانتصار له واستكمال جوانبه، وقد أفاد المذهب فائدة كبيرة من الخبرة العملية التى اجتمعت لأبى يوسف بتوليه منصب قاضى القضاة، ومن الاتجاه العلمى النظرى لمحمد بن الحسن الشيبانى، عملاق الفقه الإسلامى، والذى لا شك فى أن جهوده العلمية فى تدوين المؤلفات الفقهية ذائعة الصيت كانت من أهم العوامل التى يسرت إقامة المذهب الحنفى وانتشاره فى مناطق عديدة من أجزاء العالم الإسلامى.

مدى انتشار المذهب الحنفى :

ولا شك كذلك فى أن تبنى الخلافة العباسية لهذا المذهب

وإلزامها قضاتها بالعمل بأحكامه واجتهادات علمائه أمر كان له أبلغ الأثر فى انتشاره، وخاصة فى تلك المناطق التى لم تتجه إلى الانفصال عن الدولة العباسية، أو التى لم تشتبك فى صراع مع هذه الدولة• ولذا انتشر المذهب فى العراق والشام وشبه القارة الهندية وتركيا وبلاد ما وراء النهر، على حين لم يلق هذا المذهب قبولاً عاماً فى مصر لتكرر مناسبات انفصالها عن الدولة من جهة، ولاستقرار الإمام الشافعى فيها وقوة علاقتها بالجزيرة العربية والشمال الافريقى، الموطن الذى انتشر فيه المذهب المالكى، ومع ذلك فإن المذهب الحنفى كان هو المذهب المعمول به فى محاكم مصر فى فترات تاريخية عديدة ، وبخاصة فى أيام الدولة العثمانية التى تبنت هذا المذهب هى الأخرى• وقد استمر اتباع مصر للمذهب الحنفى بعد دخول الإنجليز وفرض القوانين الحديثة المستمدة من القوانين الغربية، وذلك فى مجال الأحوال الشخصية• ولعل هذا التمسك بالمذهب الحنفى فى هذا المجال كان مبعثه التعبير أيضاً عن الانتماء لدولة الخلافة•

ويمكن القول لهذا بأن الظروف النفسية والسياسية للشعوب الإسلامية قد لعبت دوراً ملحوظاً فى اختيار مذهب أو آخر من المذاهب الفقهية •

السنة النبوية لدى أبى حنيفة :

لقد كان أبو حنيفة واسع الاطلاع على السنة، ولكن التعصب المذهبى قد دفع طائفة من أتباع المذاهب الأخرى إلى الترويج لفكرة أن محصول أبى حنيفة من أحاديث الأحكام التى استند إليها مذهبه أقل من عشرين حديثاً• ويدل هذا القول على مدى اشتعال الخصومة بين المذاهب أكثر مما يعبر عن الواقع، إذ إن أضعف طالب للفقه الإسلامى فى عصر أبى حنيفة كان يعرف بالتأكيد أكثر من هذا الرقم من الأحاديث• ومن المخجل أن تتردد هذه المقولة لدى بعض كبار الكاتبين المحدثين، لكنهم قد يقصدون إلى أمر آخر، هو إضعاف

الصلة بين السنة وبين التفكير الفقهى، لكن مرويات أبى حنيفة فى آثار أبى يوسف وآثار محمد تدل على مدى ضعف هذا الافتراء •

الاختلاف فى المذهب الحنفى :

تحتشد كتب المذهب الحنفى بكثير من الاختلاف بين الأئمة: أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد، حتى يكاد يجد الخلاف بين المذاهب تعبيراً مماثلاً له داخل هذا المذهب ولا يدل وجود هذا الاختلاف على اختلاف فى المنهج بين هؤلاء الأعلام؛ فخطتهم الأصولية واحدة، وإنما يدل ذلك على تنوع المواد الفقهية التى أثرت فى كل منهم، وعلى تعدد وجهاتهم فى النظر إلى هذه المواد• وأوضح ذلك بمثالين أولهما .. من باب المضاربة وهى اتفاق بين طرفين على أن يدفع أحدهما مقداراً من المال للطرف الآخر ليعمل فى مشروع تجارى أو زراعى أو صناعى، على أن يكون الربح بينهما بنسبة شائعة كالنصف أو الربع، وإنما اتفق الفقهاء على وجوب إشاعة الربح بين أطرافها، وألا يجرى تعيين قدر معين من المال لأحد الأطراف، بناء على أن الربح المتوقع غير معلوم، ويخاف ألا يتحقق من الربح سوى هذا القدر المشترط أو أقل منه، وبذا ينتفى معنى الشركة التى قام عقد المضاربة على أساسها• ومعناه أن على من يريد استثمار أمواله عن طريق المضاربة أن يعطى ما يريد استثماره لشخص لديه الوقت والخبرة ، ويتفق معه على اقتسام الربح بنسبة معينة شائعة، كالربع والنصف أو الثلث، ولكن لا يتفق معه على قدر معين من المال كمائة أو ألف أو٥ ٪ من رأس المال •

وعلى الرغم من اتفاق الفقهاء على هذا الشرط ، فقد كان بعض أصحاب الأموال يدفعونها للمضارب، مع اشتراط قدر معين من الربح لصاحب رأس المال• ويتفق فقهاء الأحناف على فساد هذا النوع من التعامل• ويقوم هذا الفساد على الحرمة، كما يترتب عليه أن الاتفاق بين الطرفين لم يعد هو الذى ينظم علاقتهما ويضبط حقوق

كل منهما، وعلى الفقهاء أن يجتهدوا لبيان الأحكام التى تضبط هذه الحقوق• وفى ذلك اتفق أئمة المذهب الحنفى على تحويل هذه المضاربات الفاسدة إلى إجارات يستحق أصحاب رؤوس الأوال أرباحها ويدفعون إلى المضاربين أجرة أمثالهم• غير أن أبا يوسف رأى ألا يزيد أجر المثل المضارب عن القدر الذى كان سيأخذه بمقتضى الاتفاق الفاسد، لأنه رضى بإسقاط حقه فيما فوق ذلك، على حين أطلق أبو حنيفة ومحمد وجوب أجر المثل بالغاً ما بلغ •

ويتعلق المثال الثانى بمفهوم الحرابة فى المذهب الحنفى، وهى أخذ المال بقوة السلاح فى هذا المذهب؛ فقد نظر إليها أبو حنيفة باعتبارها جريمة سطو مسلح فى الأماكن النائية التى لا تستطيع أجهزة الدولة فرض الأمن والنظام فيها على نحو مستقر، وهى لهذا ليست إلا جريمة قطع الطريق• أما السطو المسلح فى الأمصار والقرى فيعد جريمة سرقة عادية عند أبى حنيفة ولا تدخل فى جريمة الحرابة• ولكن أبا يوسف ومحمد نظرا إلى الحرابة باعتبارها جريمة سطو مسلح تهدد الأمن والنظام باستخدام السلاخ على نحو لا تستطيع أجهزة الدولة التدخل لمنعه فى الأوقات كلها، نظرا لاستغلال المحاربين عنصر المفاجأة• ولا يختلف السطو المسلح فى الطرق النائية بهذا الاعتبار عن ارتكاب الجريمة فى القرى أو الأمصار، فكل هذا عند أبى يوسف ومحمد مما يد خل فى باب الحرابة •

ولعل أبا يوسف ومحمد إنما نظراً إلى تكرر حوادث السطو المسلح فى المناطق الآهلة وضرورة مواجهة إجرام هؤلاء اللصوص بزيادة عقوبتهم، على حين لم تكن هذه المشكلة من القوة أيام أبى حنيفة إلى الحد الذى أوجب معه اعتبارها من جريمة الحرابة•

طبيعة الخلاف داخل المذهب وتعلقه بالقواعد :

ويجب ألا ننظر إلى الخلاف بين هؤلاء الأئمة على أنه مجرد خلاف جزئى محصور داخل الجزئيات، وإنما هو خلاف فى عدد من

القواعد الكلية التى تحكم الخلاف فى الجزئيات. ويصدق هذا على الخلاف داخل المذهب الواحب وعلى الخلاف بين المذاهب الفقهية المختلفة .

وعلى سبيل المثال يرى أبو حنيفة أنه لا يحجر على أحد بلغ الخامسة والعشرين ولو كان سفيهاً متلافاً يبذر فى إنفاقه، مراعاة لحق الإنسان فى حرية التصرف فيما يملكه، وإن أدى ذلك إلى إفساد المال، لأن حرية التصرف فى الملك، وهى المظهر الرئيسى للحرية الفردية، أولى بالاعتبار والرعاية من مصلحة حفظ المال. وخالفه الصاحبان فى ذلك ورأيا جواز الحجر على السفيه المتلاف للمال، قبل بلوغه الخامسة والعشرين أو بعد بلوغ هذه السن، وذلك تغليباً لمصلحة حفظ المال، ولمنعه من الإضرار بنفسه وبغيره ممن يعول .

ويطل الخلاف حول معيار تغليب حرية التصرف فى الملك على مراعاة مصالح الآخرين المتعلقة بالمال فى فرع آخر يتصل بالموازنة بين مصلحة صاحب المال المفلس ومصلحة غرمائه وحكم بيع مال المدين عليه جبراً عنه بحكم قضائى للوفاء بما عليه من ديون. ورأى أبى حنيفة أنه لا يحجر على المدين المفلس، ولا يمنع من التصرف فى ماله، وللقاضى أن يأخذ ماله إذا كان من جنس الدين ويقضى منه ما عليه من ديون. أما إن كانت أمواله مخالفة لجنس ديونه، كأن كان عنده عقار وديونه نقود، فإن لغرمائه المطالبة بحبسه للضغط عليه حتى يبيع بنفسه هذا العقار ويوفى ما عليه من دين إن اختار ذلك. وليس للقاضى أن يبيع مال هذا الماطل ليوفى ديونه من ثمن هذا المال، وأبو حنيفة يغلب بهذا الاعتبار حق الإنسان فى التصرف فيما يملكه .

أما الصاحبان، فقد ذهبا إلى أنه إذا طلب الغرماء الحجر على المفلس حجر عليه القاضى ومنعه من التصرفات والإقرار حتى لا يضر بالغرماء، فقد يلجىء ماله للغير بنقل ملكيته إليه نقلاً صورياً فتضيع ديون الغرماء. وكذلك فإن المدين الممتنع عن الوفاء بالدين شخص

يضر التعامل معه، فكان فى الحجر عليه حماية للدائنين الجدد من الوقوع فيما وقع فيه السابقون عليهم، ويتضح من هذا أن الخلاف فى هذا الفرع متصل بالخلاف حول مدى تغليب حرية المالك فى التصرف فيما يملكه ·

وفى مجال آخر يطل هذا الخلاف مرة أخرى· ففى مجال حقوق الجيران والتعسف فى استعمال الحقوق نرى تغليب أبى حنيفة كذلك لحرية الإنسان فى التصرف فيما يملكه ولو أدى الأمر إلى الإضرار بالغير، فلكل واحد فى رأى أبى حنيفة أن يزيد فى بنائه على النحو الذى يشاء وإن منع عن جاره الضوء والشمس والهواء، وله أن يسقى أرضه السقى الذى يريده ولو أضر بملك غيره، وله أن يتخذ داره اصطبلاً ويربى فيها من الحيوانات ما يشاء من الأتربة والمخلفات مما يراه مصلحة له، سواء أرهق ذلك جيرانه أم لم يرهقهم· ولا يقيد أبو حنيفة حرية تصرف المالك فيما يملكه إلا بالقيود الواجبة لحماية حقوق الآخرين فى التصرف فيما يملكونه، وعلى هذا فليس لصاحب منزل أن يزرع فى بيته شجراً تطل فروعه وتمتد جذوره إلى أرض جاره أو منزله·

ويقيد أبو يوسف ومحمد حق المالك فى التصرف فى ملكه بحماية حقوق الملكية للملاك الآخرين كذلك، ويضيفون إليه قيداً آخر هو اشتراط عدم الإضرار بالغير ضرراً فاحشاً فى نفسه أو ماله· وعلى هذا فإنه لا يجوز للجار أن يبنى بناء يمنع الضوء بالكلية عن جاره، لأن هذا يؤدى إلى منعه من الاستفادة بملكه، أما إذا منع الريح والشمس ولم يمنع الضوء فإنه لا يمنع من هذا البناء، لأن الريح والشمس غير ضروريين للانتفاع بالعقار ·

ويكمن الخلاف فى هذه المسائل أو الفروع فى الاختلاف حول مدى حق المالك فى التصرف فيما يملكه· وقد نظر أبو حنيفة فيما تدل عليه اختياراته فى المسائل السابقة إلى أن حرية التصرف فى الملك

هى أهم الحقوق الناشئة عن الملكية، وأنه لا معنى للاعتراف بالملكية إذان انتقص هذا الحق، ولا يتقيد هذا الحق لهذا إلا بما يماثله فى القوة وهو مراعاة حق الغير فى التصرف فيما يملكه. أما الصاحبان فقد نظرا إلى هذا الحق فى إطار المصالح والحقوق الأخرى المعتبرة شرعاً. ولذا فقد تطورت عندهما نظرية إساءة استعمال الحقوق أكثر مما كانت عليه عند الإمام. ويقترب مذهب Adam Smith فى الحرية الاقتصادية Laizzez Faire الذى ساد فى أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن الحالى من مذهب أبى حنيفة. أما مذهب الصاحبين فيلتقى مع أصحاب الاتجاهات الاجتماعية التى انتقصت من حرية التصرف فى الملك بتغليب المصالح الاجتماعية الأخرى .

والقاعدة التى تحكم الخلاف فى هذه المسائل يمكن صياغتها على هذا النحو: للمالك مطلق الحق فى التصرف فيما يملك عند أبى حنيفة، ويتقيد هذا الحق عند الصاحبين بمراعاة عدم الإضرار بالغير ضرراً فاحشاً بيناً. ويجب وضع هذا الخلاف فى الاعتبار لفهم الخلاف فى كثير من المسائل الجزئية فى المذهب الحنفى .

ويجب ألا يغيب عن البال أن رد الخلاف فى الفروع إلى مبادئ عامة وقواعد تحكم هذا الخلاف هو دليل اتساق النظر الفقهى واتجاهه إلى التقعيد والوعى بالمبادئ والمناهج التى تحكمه. وقد كان هذا نتيجة لتلك الجهود التى بذلها كبار الفقهاء لإخضاع المواد التى نقلت إليهم من فتاوى وأقضية وأحكام لنوع من التحليل العميق بغية اكتشاف المبادئ العامة التى تحكم النظر فيها. ومرة أخرى فإن النجاح قد تحقق لأئمة المذهب الحنفى فى القيام بهذه المهمة، ولعل هذا هو سبب هذا التقدير الذى حظى به هؤلاء الأئمة على مر التاريخ الفقهى. وفى هذا يتميز أبو حنيفة وصاحباه عمن سبقوهم من أئمة مدرسة الكوفة وعلمائها، حيث اشترك الجميع على منهج واحد، وانفردت عنهم طبقة أبى حنيفة وصاحبيه بالعمل على اكتشاف

ثانيا - المذهب المالكى

إمام المذهب

مؤسس هذا المذهب هو الإمام مالك الذى ولد فى نهاية القرن الأول الهجرى وتوفى عام ١٧٩هـ٠ وكان مولده بالمدينة وتلقيه العلم ونبوغه فيها، ونال من عسف الحكام وظلمهم ما نال أبو حنيفة، فضرب بالسياط هو الآخر، ومدت يده حتى انخلع كتفاه، وذلك لإفتائه بأنه لا بيعة لمكره فى ترجيح المرحوم محمد أبو زهرة ٠

وقد تتلمذ مالك على علماء المدينة السابقين عليه ، وورث عنهم علمهم، وحفظ ما كانوا يروونه من آثار وأحكام٠ وأشهر هؤلاء إبن هرمز وأبو الزناد ويحيى بن سعيد الأنصارى وربيعة الرأى وابن شهاب الزهرى ونافع مولى ابن عمر٠ ويشبه مالك أبا حنيفة فى أنهما لم يدونا أصول مذهبهما وتركا ذلك لأتباعهما من بعدهما٠ ومع ذلك فقد ألف كتابه الموطأ الذى أخصه بهذه الملاحظات التالية، لأهميته فى التأليف الفقهى ٠

منهج الموطأ :

سار الإمام مالك فى كتابه هذا على منهج لا يفصح بيسر عن ثراء مضمونه الفقهى، فقد ركز فيما يظهر على أمهات المسائل التى تدل بفحواها، وفيما يستنبط منها على القواعد الكلية العامة التى شغل فقهاء هذه المرحلة باستنباطها والتى تبدو من ترتيب مالك للمسائل التى يسوقها تحت عنوان واحد٠ وعلى سبيل التوضيح فإننا نراه يتناول مسألة بيع الصكوك التى حدثت زمن مروان تحت عنوان عام هو النهى عن بيع المبيع قبل قبضه، وهذا العنوان هو القاعدة التى يستنبطها مالك من عدد من المرويات التى يسوقها ومن كثير من المسائل الحاضرة فى ذهنه والتى نقلها بعض تلاميذه عنه فى المدونة، ولأن تركيزه على إثارة

القواعد الكلية فإنه لا يتعرض للتفصيلات المتعلقة بأشكال هذا القبض وكيفيته فى الأموال المختلفة.

وعلى الرغم مما فى الموطأ من تقسيم لأبواب الفقه الرئيسية على النمط نفسه الذى استقر عليه التأليف الفقهى فيما بعد فإننا نراه يقوم على ذكر المرويات والآثار المعروفة للإمام مالك مع بيان ما عليه العمل فى المدينة وتوجيه هذه الآثار وتفسيرها. وفى الموطأ (٨٢٢) حديثا عن النبى ﷺ، و(٦٢٢) أثراً عن الصحابة، و(٢٨٥) أثراً عن التابعين. وتشكل هذه المواد النسبة الكبرى لما جاء فى هذا الكتاب. والذى يجدر الالتفات إليه أن كثيراً من هذه المواد مما يدخل فى باب الأحكام القضائية التى أرست مبادئ لم يستطع الفقهاء تجاهلها وتناقلوها فى مؤلفاتهم الفقهية الجامعة.

ويختلف أسلوب الموطأ على سبيل المقارنة عن أسلوب أبى بكر ابن أبى شيبة شيخ البخارى فى كتابه المصنف الذى ألفه فى فترة مقاربة للفترة التى جرى فيها تأليف الموطأ، ذلك أن كتاب المصنف يعد جمعاص للآثار المتعارضة التى استدلت بها المدارس المختلفة وهو يعبر عن حالة الفقه الإسلامى فى القرنين الأول والثانى. أما كتاب الموطأ فهو تسجيل لفقه مدرسة واحدة هى مدرسة المدينة.

ويكشف الأسلوب الذى جرى عليه الموطأ عن النشأة الفقهية وألوان المواد والجهود التى أثرت فى هذه النشأة، وما احتلته السنة وقضايا الصحابة والتابعين من مكانة فى تشكيل عمل أهل المدينة وفقههم. ولا يخفى أن استناد الموطأ إلى هذه المواد فى التأصيل الفقهى للقواعد التى توصل إليها الإمام مالك هو الذى ضمن هذا التأثير الواسع للكتاب على نحو لعله لم يدر بخلد مؤلفه.

أصول المذهب :

يقوم مذهب الإمام مالك على العمل بالكتاب والسنة والإجماع

والقياس وعمل أهل المدينة وقول الصحابى والاستحسان والحكم بسد الذرائع ومراعاة الخلاف والاستحباب والمصالح المرسلة وشرع من قبلنا. ويتميز المنهج الأصولى للإمام مالك بالملامح التالية :

[١] اعتبار عمل أهل المدينة حجة تقدم على القياس، ويشير إلى هذا الأصل فى الموطأ بعبارة الأمر المجتمع عليه عندنا أو ما يماثلها. وسنده فى العمل بهذا الأصل، كما جاء فى رسالته إلى الإمام الليث بن سعد، أن المدينة شهدت نشأة المجتمع الإسلامى، واستقر فيه النبى ﷺ وخلفاؤه الذين ساروا على سيرته، وعملوا بما تعلموه منه، وسلك التابعون من بعدهم طريقهم، ومن هذا كله تكون عمل أهل المدينة الذى يرجع إلى ما أقره النبى ﷺ ووافق عليه .

[٢] الاستصلاح أو العمل بالمصالح التى شهدت النصوص الشرعية لجنسها بالاعتبار، وإن لم يرد فى المصلحة المستدل عليها بعينها نص شرعى خاص يفيد اعتبارها أو إلغاءها. من ذلك قيام الصحابة بجمع القرآن أيام أبى بكر؛ إذ ليس هناك نص معين يفيد وجوب مثل هذا الجمع أو حرمته. لكن حفظ الدين من المصالح المعتبرة شرعاً فى مرتبة الضروريات، فدل هذا الأصل على وجوب هذا الجمع. ومنه الحكم السابق بقتل الجماعة بالوحد، فليس هناك نص يفيد حكم قتل الجماعة بالواحد. لكن حفظ النفوس من المصالح العامة التى شهدت لها نصوص الشريعة فى مجملها بالاعتبار، ويستند إلى هذه المصلحة العامة فى القول بوجوب قتل الجماعة بالواحد .

[٣] رد الأخبار إذا عارضت أصلاً مقطوعاً به: من ذلك رد مالك ما روى منسوباً إلى النبى ﷺ من وجوب غسل الإناء من ولوغ الكلب سبعاً إحداهن بالتراب، وكان يقول فيه ما أدرى ما حقيقته، وكان يضعفه، ويقول: يؤكل صيده فكيف يكره لعابه؟ ومعناه أن الشارع أباح صيده بقوله تعالى: ﴿وما علمتهم من الجوارح مكلبين﴾، فدل ذلك على طهارة لعابه، لأنه يمسك الصيد بفمه. وإذ يدل هذا

الخبر المنسوب إلى النبى ﷺ على نجاسة لعاب الكلب فإنه يكون معارضاً للأصل القرآنى، فلا يحكم بصحة نسبته إلى النبى ﷺ لأن أحاديثه لا تعارض القرآن ·

وكذلك رد مالك حديث خيار المجلس المرفوع والذى يوجب لكل من العاقدين الحق فى فسخ العقد ما دام فى المجلس، على أساس أن البقاء فى المجلس ليس له حد معروف، ويؤدى إثبات الخيار على هذا النحو غير المحدد إلى عدم استقرار المعاملات·

ولم يأخذ مالك بما نسب إلى النبى ﷺ أنه قال: «من مات وعليه صيام صام عنه وليه»، ولم يأخذ مالك كذلك بما روى أن امرأة جاءت إلى النبى ﷺ وقالت: «إن أمى ماتت وعليها شهر، أأقضيه؟ قال: أرأيت لو كان عليها دين أكنت تقضينه؟ قالت: نعم· قال: فدين الله أحق أن يقضى»· وإنما رد مالك هذين الحديثين استناداً إلى القاعدة القطعية القاضية بمسئولية كل إنسان عن عمله لا عن عمل غيره وأن من يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره ·

وقد رد مالك خبر المصراة الذى رواه أبو هريرة عن رسول الله ﷺ بلفظ «لا تصروا الإبل والغنم، ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر»· والمصرأة هى الشاة أو البقرة، يمتنع البائع عن حلبها قبل بيعها بفترة لينتفخ الضرع وتبدو غزيرة اللبن، فيغتر المشترى ويدفع فيها أكثر من قيمتها· وكان رده لهذا الذى حكم عليه عدد من كبار المحدثين بالصحة لاعتقاده بمخالفة هذا الحديث لأصل قطعى فى الشريعة، هو أن الخراج بالضمان، وأن على من يتلف شيئاً أن يغرم مثله أو قيمته· ومعنى أصل الخراج بالضمان المشار إليه هنا أن المستحق لما ينتج من شئ كالغلة أو الربح أو النماء إنما هو الشخص الذى يضمن هذا الشئ ويهلك لو هلك على حسابه· مثلاً لو ارتفع سعر القلم أو ولد الحيوان

أو انتج لبناً فإن من يملك السعر المرتفع أو ولد الحيو ان أو اللبن الناتج منه هو الشخص الذى إذا هلك القلم أو الحيوان فإنه يهلك على حسابه، وتطبيق ذلك على المصراة أن المشترى للبقرة، التى امتنع بائعها عن حلبها فترة من الوقت حتى ينتفخ ضرعها وتبدو غزيرة اللبن، له الحق فى أن يردها عندما يتبين قدرتها الحقيقية على الإنتاج، وليس عليه أن يرد قيمة ما حلبه من لبنها قبل ردها فى رأى مالك لأنها كانت فى ضمانه فى هذه الفترة وتهلك على حسابه لو هلكت فى هذه الأثناء• ومن جهة أخرى فإنه إذا اعتبر مستهلكاً للبن وضامناً له فإنه كان عليه أن يرد مثله أو قيمته طبقاً للأصول الشرعية القاضية بذلك•

ويفيد تعقيب الشاطبى على هذا الذى رده مالك أن رد خبر الآحاد بالرأى من غير نص بذاته إنما يكون إذا عارض قاعدة عامة من القواعد الشرعية التى ثبتت بنصوص شرعية متعددة تتواتر فى معناها تواتراً مقطوعاً به•

[٤] قول الصحابى: يرى مالك أن أقوال فقهاء الصحابة حجة تقدم على القياس وهذا هو ما أخذ به أبو حنيفة أيضاً، غير أن الشافعى قد خالفهما وذهب إلى أن الحجة فى أقوال المعصوم، وهم غير معصومين•

[٥] الاستحسان أو الاجتهاد بمعناه الواسع المستند إلى الأصول الشرعية العامة، كالعدل والمساواة ورفع الحرج وتجنب المشقة والتيسير• وقد أبطله الشافعى لعدم انضباطه فيما ذهب إليه قاصداً إلى إحلال القياس بمعناه المحدد محله، وقال فى هذا مقالته المشهورة: من استحسن فقد شرع ويحاول البعض حل الخلاف بين الشافعى وبين الإمامين أبى حنيفة ومالك اللذين اعتمدا الاستحسان واعترفا بحجيته، على أساس أن الاستحسان الذى عمل به مالك وأبو حنيفة غير الاستحسان الذى أبطله الشافعى• ولا أجد معنى لهذا التصور الذى

يقوم على أساس أن واضع النظرية الأصولية : الشافعى، وهو يهاجم الاستحسان الحنفى والمالكى، لم يكن قادراً على فهمه• لقد عرف الإمام الشافعى هذا الاستحسان بوجوهه كلها، وقصد إلى نقضه وهدمه لأنه لم يكن يتلاءم مع نظريته الأصولية التى تغيب التحديد وقصدت إلى إقامة منهج محدد منضبط لا يتسع لمثل هذا التصور العام للاجتهاد أو الاستحسان •

[٦] سد الذرائع : شهر الإمام مالك بالقول بسد الذرائع أو الوسائل التى تؤدى إلى محرم فى الشرع • ويعنى سد الذريعة تحريم الفعل الجائز فى أصله إذ كان يؤدى إلى أمر محرم شرعاً• من ذلك ما محكم به النبى ﷺ من تحريم بيع العصير لمن يتخذه خمراً أو تحريم بيع السلاح زمن الفتنة• ذلك أن بيع العصير حلال فى ذاته لكنه حرام بالنظر إلى مآل هذا البيع وعاقبته، وهو أنه يعين هذا الشخص على تخميره، وهو محرم شرعاً، فيمنع الحلال تجنباً للوقوع فى الحرام • ومن ذلك الحكم بتحريم تخزين مواد الطعام إذا كان يؤدى إلى رفع الأسعار والإضرار بالناس، وكذلك الحكم بتحريم الهبة للقاضى لأنها تؤدى إلى معاونة الواهب ولو على حساب غيره، كما أنها تؤدى إلى عدم ثقة الناس فى حكمه• وفى هذا مفسدة كبيرة • ومن هذا القبيل تقييد حق بعض الأجانب فى تملك العقارات خشية سيطرتهم على هذا الجانب الهام من ثروة المجتمع •

ثالثاً - المذهب الشافعى

إمام المذهب :

مؤسس هذا المذهب هو أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعى، ولد بغزة عام ١٥٠هـ، وهو العام الذى توفى فيه أبو حنيفة، ونشأ بمكة وبدأ تعليمه فيها ثم رحل إلى المدينة فتلقى الفقه عن علمائها وحفظ موطأ مالك وهو فى سن صغيرة، وأتيح له كذلك أن يتلمذ

على محمد بن الحسن الشيبانى وأن يعقد معه صلات وثيقة، ثم انتقل إلى مصر حيث مات بها عام ٢٠٤هـ.

وقد أهله التنقل بين مراكز الدراسات الفقهية فى مكة والمدينة وبغداد ومصر أن يقف على الاتجاهات جميعها وأن يدرك قيمة كل منها بعقله الواعى مما أتاح له إضافة ما أضافه إلى التفكير الفقهى والانتقال به إلى وضوح المنهج وتحديده .

ولا يخفى فضل الشافعى فى وضع علم الأصول وتحديد معالمه ومجالاته، وذلك هو ما ضمنه كتابه «الرسالة» ولعل الشافعى قد هدف بوضع هذا الكتاب الذى يعد أول كتاب ألف فى علم أصول الفقه إلى إلغاء الخلاف الشائع فى التفكير الفقهى. وعلى الرغم من رجوع مباحث هذا الكتاب إلى ما يشبه المسلمات والبدهيات التى لا تثير خلافاً فى علم أصول الفقه فإن تأثير هذه المباحث على التفكير الفقهى والأصولى كان كبيراً للغاية .

الأم الشافعى :

الشافعى هو أول من وضع علم أصول الفقه، ولذا فإنه أقام فقهه المدون فى كتابه الأم على قواعد هذا العلم فيما يدركه القارئ له بسهولة، حيث نراه يحتشد بفروع فقهية كثيرة، يبدأ فيها بذكر الحكم الفقهى مع الاستدلال لهذا الحكم بالدليل مع التعريض لآراء المخالفين أحياناً بذكر آرائهم ونقدها على أساس نظريته الأصولية. ويبدو تأثير هذه النظرية فى هذا الكتاب فى اشتماله على هذه الرسائل والكتب التى تسجل قيام الشافعى بمراجعة الظواهر والمفاهيم الفقهية السائدة فى عصره فى ضوء مبادئ هذه النظرية. وأشير فى هذا بوجه خاص إلى هذه الكتب التى اشتمل عليها الجزء السابع من الأم، وهى كتاب اختلاف العراقيين (من ص ٨٧ إلى ١٥٠)، وكتاب اختلاف على وابن مسعود (ص ١٥١ إلى ١٧٧) ، وكتاب اختلاف مالك

والشافعى (ص١٧٧ ـ ٢٤٩)، وكتاب جماع العلم (ص٢٥٠ـ٢٦٧)، وكتاب الرد على محمد بن الحسن (ص٢٧٧ـ٣٠٢)، وكتاب سير الأوزاعى (ص٣٠٣ـ٣٣٦)، وكتاب اختلاف الحديث، وهو مطبوع على هامش الجزء السابع، وحبذا لو نشر محققاً لأهميته العلمية الفائقة.

تطوير بعض المفاهيم الفقهية :

وقد أسهم الإمام الشافعى فى تطوير كثير من المفاهيم الفقهية ذات التأثير البعيد المدى فى مجرى التفكير الفقهى. من ذلك صياغته لمفهوم السببية فى الجنايات والضمانات الناشئة عن التعدى. ذلك أن الأحناف كانوا يشترطون لوجود القصاص أن يكون سبب الإفضاء إلى الموت فعلاً مادياً يفرق الجسد ويمزقه. ولذا أوجبوا للحكم بالقصاص أن يكون القتل بآلة تقطع الجسم وتمور فيه وتغير شكله المرتبط بأدائه لوظائفه التى تدوم معها الحياة. أما إذا ضربه بعصا غليظة أو بحجر كبير أو قدم إليه السم فى شراب فشربه ومات فلا قصاص فى شئ من ذلك لبقاء الشكل العام للجسم على حالته أو لتدخل المجنى عليه فى حالة شرب السم. ويعنى اشتراط المرر فى الجسم وتمزيقه فى الآلة التى حدث بها القتل لوجوب القصاص الاتجاه إلى التأكد من قوة السبب إلى الحد الذى لا يثور أدنى احتمال للشك فى أن النتيجة ، وهى القتل، ترتبت على فعل القاتل وأنه لا دخل لأى عامل آخر فى إحداث الموت. أما الإمام الشافعى فقد اكتفى باشتراط السبب العادى، ومعناه أن ما يؤدى إلى القتل فى العادة غالباً هو السبب الذى أحدثه ويسأل فاعله عن نتيجته، ولذلك يوجب الشافعى القصاص على من يسقى السم أو يضطر أحداً إلى مكان خطر كمكان فيه وحوش أو حريق أو وسائل مواصلات سريعة، وهو يعلم أنه لا يستطيع اتقاء هذه الأخطار بنفسه .

ومن المفاهيم الحقوقية الجوهرية التى حققها الشافعى تحقيقاً كانت ذات أثر بالغ فى التفكير الفقهى رأيه فى تعريف المال• ذلك أن الأحناف كانوا يعرفون المال بأنه ما يبذل فيه الناس الأثمان للحصول عليه وتملكه رغبة فى الانتفاع به، شريطة أن يكون هذا مما يمكن ادخاره وحفظه• فالعقارات بهذا التحديد من الأموال، والمنقولات كذلك لأن الناس تبذل الأثمان فى الحصول عليها، ويمكن ادخارها وحفظها• أما المنافع فلا تعد من الأموال عندهم، ولا يضمن لهذا من يغصبها• فمن يغصب بيتاً ويسكن فيه أعواماً عديدة وجب عليه رد البيت ولا يضمن شيئاً من أجرته، لأنه تعدى على المنفعة وهى غير مضمونة• ولكن الشافعى لم يعرف المال هذا التعريف، ورأى إطلاقه على كل ما له قيمة تبذل الناس الأثمان للحصول عليه، فيدخل فيه المنافع، ويجب ضمانها بالتعدى عليها، وإنما أخذ الشافعى بهذا بناء على تحليله لرغبات الناس فى اقتناء الأموال والحصول عليها، وبذل الأثمان فيها، وأن ذلك إنما يحدث بقصد الحصول على منافعها، فناسب هذا الحكم باعتبارها أموالاً وضمانها بهذا الاعتبار•

كتاب الرسالة وقصد الشافعى من وضعه :

الشافعى هو واضع علم الأصول حيث حدد مبادئه وقواعده وأوضح مناهجه على نحو ميسر فى كتابه الرسالة • وأول ما يلفت النظر فى هذا الكتاب هو لغته الجميلة التى يسهل فهمها سواء للمتخصص أو للمثقف ثقافة إسلامية عامة• غير أن هذه اللغة الجميلة وتلك السهولة فى التعبير من الخصائص التى افتقدتها معظم الكتب الأصولية التى حذت حذو الرسالة فى التعبير عن المنهج الفقهى، ولا ترجع هذه السهولة فى تعبير الشافعى عن نظريته الأصولية إلى سذاجة بناء هذه النظرية، بل ترجع إلى وضوحها فى ذهن صاحبها، وتحديده لهدفه، وقدرته على صياغة هذا الهدف•

لقد قصد الشافعى فيما يلاحظ كولسون إلى توحيد التفكير

الفقهى ووضع منهج يلتقى عليه فقهاء المدارس المتعددة• ولذا فإنه لم يعمد إلا إلى صياغة الخطوط العامة لهذا المنهج تاركاً معظم التفصيلات التى ترهق المنهج وتضفى عليه الغموض، وتباعد بينه وبين التقاء الفقهاء على التسليم بمبادئ هذا المنهج فى عملهم •

رابعا - المذهب الحنبلى

إمام المذهب :

ينتسب هذا المذهب إلى الإمام أحمد بن حنبل الذى ولد فى بغداد سنة ١٦٤هـ وتوفى بها عام ٢٤١هـ• برع فى حفظ السنة حتى اعترف له العلماء بالنبوغ ولقبوه بإمام المحدثين، وألف كتابه «المسند» الذى يشهد لاستحقاقه هذه الرتبة، فقد اشتمل كتابه هذا على أكثر من أربعين ألف حديث وقف عمره كله على جمعها وحفظها ومدارستها ومعرفة حجيتها •

وكان له منهجه الخاص فى النظر الفقهى فتابعه عليه عدد من العلماء الذين ارتضوا هذا المنهج وأشاعوه فى البلاد، فصار له أتباع كثيرون على مذهبه إلى اليوم •

أصول المذهب :

يقوم مذهب الإمام أحمد على الأصول الخمسة التالية :

الأصل الأول .. النص :

كان أحمد إذا وجد النص من القرآن أو السنة أفتى بموجبه لا يقدم عليه رأياً لصحابى أو غيره• ولذا لم يأخذ بقول عمر فى إيجاب النفقة والسكنى للمطلقة البائنة ببينونة كبرى • وكان عمر قد رفض العمل بما روته فاطمة بنت قيس أنها طلقت ثلاثاً فلم يجعل لها رسول الله ﷺ نفقة ولا سكنى•وقد عارض عمر ما روته فاطمة لمخالفته ما جاء فى القرآن من إيجاب النفقة والسكنى للمعتدة، وكان

يقول : لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا ندرى أصدقت أم كذبت. لكن أحمد بن حنبل أخذ بالحديث لعدالة رواته وثقته فى ضبطهم، ولذا فإنه لا يوجب النفقة والسكنى للمطلقة البائن ببينونة كبرى أثناء عدتها.

الأصل الثانى ـ إجماع الصحابة :

كان أحمد إذا وجد لبعض الصحابة فتاوى لا مخالف لها من سائرهم لم يتجاوزها إلى غيرها ، ولذا قبل شهادة العبد، لأنه علم أن أنس بن مالك كان يفتى بذلك، ولم يخالفه أحد من الصحابة. وقال أحمد فى هذه الفتوى : «لا أعلم شيئاً يدفعه».

الأصل الثالث ـ التخير من أقوال الصحابة عند اختلافهم:

كان أحمد يأخذ من هذه الآراء ما يراه أقرب إلى الكتاب والسنة بحيث لا يخرج عن أقوالهم. وقال إسحاق بن إبراهيم فى مسائله: «قيل لأبى عبد الله يكون الرجل فى قومه فيسأل عن الشئ فيه اختلاف؟ قال يفتى بما وافق الكتاب والسنة وما لم يوافق الكتاب والسنة أمسك عنه» .

الأصل الرابع ـ الأخذ بالأحاديث المرسلة والضعيفة التى لا يعرف راويها بالكذب أو الضعف :

الحديث المرسل هو الحديث الذى رفعه التابعى إلى النبى ﷺ دون أن يسمى الصحابى الذى رواه عنه. وقد رجح أحمد بن حنبل العمل بالمراسيل والأحاديث الضعيفة التى لم تثبت صحتها لأنه فقيه أثر ولا يريد اللجوء إلى القياس إلاّ عند الضرورة .

الأصل الخامس ـ القياس :

إذا لم يكن فى الواقعة المعروضة نص من كتاب أو سنة ولا قول لصحابى أخذ أحمد بالقياس .

خامسا - مذاهب أخرى

شهدت هذه الفترة ظهور عدد من المذاهب الأخرى التى أثرت التفكير الفقهى وتخيزت التشريعات الحديثة المطبقة فى العالم الإسلامى من اجتهاداتها، ولها أتباعها المنتشرون فى عدد من البلاد الإسلامية. وفيما يلى نبذة يسيرة عن بعض هذه المذاهب.

المذهب الظاهرى :

ينسب هذا المذهب إلى أبى سليمان داود بن على بن خلف الأصفهانى المولود حوالى سنة ٢٠٢هـ والمتوفى عام ٢٧٠هـ. وقد كان داود شافعى المذهب يتمسك بالحديث، لكنه خرج على مذهب إمامه برفضه الأخذ بالقياس والتعليل، معتقداً أن إبطال الشافعى للاستحسان يؤدى إلى إبطال القياس على نحو لا معدى عنه. ويعتبر ابن حزم الأندلسى المتوفى عام ٤٥٦ صاحب كتاب المحلى مدون هذه المذهب وناشره ، حتى استحق لقب المؤسس الثانى للمذهب الظاهرى. وقد شن ابن حزم حرباً لا هوادة فيها ضد القائلين بالقياس والرأى، وشدد النكير على الأخذ بالأحاديث الضعيفة، وهاجم كل مخالف لما دلت عليه السنة الصحيحة. ويتمتع كتابه «المحلى» بتقدير مستمر لإخلاص صاحبه وجهده فيه على الرغم من اندثار المذهب الظاهرى منذ القرن الثامن الهجرى.

المذهب الزيدى:

ينسب هذا المذهب إلى زيد بن على زين العابدين بن الحسين الذى قتل عام ١٢٢هـ. وهو أحد المذاهب الشيعية وإن كان أقربها جميعاً إلى المذاهب السنية، ولا يختلف هذا المذهب عن غيره من المذاهب السابقة فى العمل بالقرآن الكريم وفى حجية السنة، وإن اقتصر علماؤه منها على مرويات رجالهم وأئمتهم. ولا يرى أهل هذا المذهب حجية الإجماع أو القياس لاستغنائهم بمرويات أئمتهم عن

الاحتجاج بمثل ذلك. أما فى الفروع فقد تأثر هذا المذهب فى كثير من جوانبه بهذا النظر الذى تبلور فى المذاهب السنية، بحيث يغلب الاتفاق بين هذا المذهب وتلك المذاهب فى الأعم الأكثر من المسائل الفقهية. ولا يظهر الاختلاف إلا فى عدد من المسائل المعروفة، مثل منع مذهب الزيدية من المسح على الخفين وتحريمهم أكل ذبيحة غير المسلم وتحريمهم الزواج من الكتابيات وزيادتهم فى الأذان حى على خير العمل.

المذهب الإمامى أو الجعفرى:

ينتسب لهذا المذهب أكثر طوائف الشيعة ، ويطلق على أتباعه الإمامية الاثنا عشرية، لأنهم يعتقدون باثنى عشر إماماً آخرهم محمد المهدى، الإمام الغائب منذ عام ٢٦١هـ. ويعد جعفر الصادق ـ الإمام السادس فى الترتيب ـ ذا أثر بالغ فى تأسيس هذا المذهب حتى أطلق اسمه عليه. ومن أشهر الكتب المؤلفة فى هذا المذهب كتاب «الكافى» للكلينى الرازى وشرائع الإسلام للحلى ومن لا يحضره الفقيه للحسين بن بابويه القمى المتوفى ٣٨١. وقد درس شاخت وكولسون العلاقة بين هذا المذهب وبين مذاهب أهل السنة فى كل من الأصول والفروع وعلقت على هذه الدراسة فى مناسبة أخرى. ومع ذلك فإن أوجه الخلاف فى الفروع بين الإمامية وبين مذاهب أهل السنة قليلة للغاية إذا ما قورنت بجوانب الاتفاق .

سمات النظر الفقهى فى هذه الفترة:

تعد فترة نشأة المذاهب وتكوينها فى القرنين الثانى والثالث الهجريين امتداداً لفترة نشأة التفكير الفقهى وتكوينه فى القرن الأول الهجرى، وإن تميزت عن هذه الأخيرة بالسمات التالية :

[١] ظهور المؤلفات الفقهية التى دونت فيها اجتهادات فقهاء هذه الفترة وأصولها التى تستند إليها. ومن هذه المؤلفات كتب محمد

بن الحسن الشيبانى وأبى يوسف و مالك والشافعى· ولا تزال هذه الكتب تحظى بتقدير كبير ·

[٢] تدوين المنهج الفقهى فى استنباط الأحكام الشرعية، وإفراد هذا المنهج بعلم مستقل خاص به هو علم أصول الفقه· وعلى الرغم من التقاء المذاهب الفقهية التى تأسست فى هذه الفترة على الإطار العام الذى يتألف من الاعتراف بحجية القرآن الكريم والسنة النبوية وإعطاء دور للعقل الإنسانى فى استنباط الأحكام الشرعية من هذين المصدرين فقد كان هناك اختلاف مبعثه النظر فى مدى مشروعية الاعتماد على العقل الإنسانى، وضوابط هذا الاعتماد، وعلى الرغم من اختلاف المالكية والأحناف عن الشافعية والحنابلة فى النظر إلى ضوابط الاعتماد على العقل الإنسانى والأشكال المنهجية لذلك (استحسان ـ مصالح مرسلة ـ عرف ـ استصحاب) فإن الأسس العامة متقاربة· أما الظاهرية والشيعة الزيدية والإمامية فيضيقون فى التحديد المنهجى بدور العقل الإنسانى، ويخططون منهجهم على نحو يجعل الدور الأكبر للمرويات والآثار· وفيما عدا ذلك يختلف الظاهرية والشيعة، إذ يقتصر الظاهرية على السنة المرفوعة إلى النبى ﷺ على حين يتوسع الآخرون فى الاعتماد على سنة أهل البيت ومرويات أئمتهم المعصومين من الخطأ عندهم كذلك ·

[٣] كانت هذه الاختلافات المنهجية الطفيفة ذات أثر أقل فى الفروع· وفيما عدا مسائل الإمامة والميراث وزواج المتعة لا يكاد المرء يحس بفارق كبير من حيث البناء العام بين هذه المذاهب المختلفة· ومع ذلك فقد أدت الاختلافات السياسية والاجتماعية إلى إبراز هذه الاختلافات المنهجية وتأكيدها، الأمر الذى استوجب ظهور هذه الاتجاهات التقريبية بين المذاهب والتى بدأها الإمام الشعرانى فى كتابه الميزان الكبرى باقتدار بالغ·

الفصل الخامس

التفكير الفقهي

بعد استقرار المذاهب إلى العصر الحديث

تقديم :

آل التفكير الفقهى والتطبيق العملى إلى عدد من المذاهب المحدودة (الأربعة السنية والظاهرية والشيعة الإمامية والزيدية والإباضية) ، واندثر عدد منها (الاوزاعى الليث بن سعد وابن جرير الطبرى) لأنها لم تحظ بالتأييد العملى والشعبى أو السياسى مما يعد من شروط احتفاظ المذهب بقدرته على الاستمرار . وتبدأ هذه الفترة المؤرخ لها فى منتصف القرن الرابع الهجرى (الحادى عشر الميلادى) ، وتستمر حتى أواخر القرن التاسع عشر الذى شهد مجيء القوى الغربية إلى البلاد الإسلامية وفرضها قوانين أخرى مستمدة من النظم القانونية الغربية .

وهذه الفترة التى امتدت ما يقرب من ثمانية قرون (من منتصف القرن الرابع الهجرى إلى منتصف القرن الثالث عشر الهجرى) يعتبرها مؤرخو التشريع الإسلامى فترة الضعف الفقهى والتقليد والجمود ويطلقون عليها عناوين بهذا المعنى . ولا يتردد

بعضهم فى وصف التفكير الفقهى فى هذه الفترة بالانحطاط. ويقع كثير من أذكياء هؤلاء المؤرخين ومن أعظمهم قدرة ومثابرة فى وصف هذه الفترة بهذه الأوصاف المثبطة للهمم والتى لا تتفق من الواقع. ويبلغ تناقض هؤلاء المورخين مداه حين يطلقون ما يسمونه «عصر النهضة الفقهية» عنوانا على تلك الفترة التى تبدأ من أواخر القرن التاسع عشر إلى الآن، وهى الفترة التى شهدت إقصاء التشريع الإسلامى عن التطبيق العملى إلا فى مجال الأحوال الشخصية. ومن غير المنطق على الإطلاق أن يتسع ما يسمى بعصر الضعف والجمود ليشمل فترة تطبيق الفقه الإسلامى فى أكثر أجزاء العالم حضارة ورقيا طوال العصور الوسطى وبدايات العصر الحديث، وأن يطلق ما يسمى بعصر النهضة على تلك الفترة التى أقصى فيها المستعمر معظم أجزاء الفقه من التطبيق، وذلك لمجرد إنشاء بعض أقسام الشريعة فى جامعات العالم الإسلامى أو عقد بعض الندوات والمؤتمرات الداعية إلى إعادة تطبيق الشريعة الإسلامية.

ويظهر لى أن الأسباب النظرية والعلمية التى يسوقها مؤرخو التشريع الإسلامى جميعهم ليست كافية بأى وجه لنعت هذه الفترة من تاريخ الفقه الإسلامى بالتخلف والضعف والجمود، ولسنا مضطرين على أى نحو لتبرير فرض المستعمر لقوانينه وتشريعاته بإلقاء اللوم على أنفسنا وعلى حالة التفكير الفقهى السائدة. لقد فرض المستعمر الغربى قوانينيه بعد الهزيمة العسكرية التى منيت بها مجتمعاتنا، وكانت فى يده وسائل فرض هذه القوانين فى البلاد التى احتلها، مثل مصر، على حين استمرت مجلة الأحكام العدلية المستمدة من المذهب الحنفى فى التطبيق فى البلاد التى لم تكن يد المستعمر قد نالتها بعد. ويتجاهل ادعاء وصف الفقه الإسلامى بالضعف والجمود فى هذه الفترة جهود الفقهاء والمفتين والقضاة فى تطوير التفكير الفقهى وإقداره على الاستجابة لمصالح البلاد الإسلامية

فى ظروفها السياسية والاجتماعية الممتدة عبر ثمانية قرون . وهدف هذا الفصل هو الكشف عن أهم الجوانب التى أظهرها التطور الفقهى فى الفترة المذكورة مع بيان الأدوات التى اعتمدها التفكير الفقهى لتحقيق الاستجابة للمصالح والظروف الاجتماعية للبلاد الإسلامية . ولا محل لوصف هذا التفكير بالجمود أو الضعف أو ما يشبه ذلك إذا ثبتت قدرة التطور الفقهى على تحقيق هذه الاستجابة . ولعل هذا ما يكشفه التعرض للجوانب التالية :

١- التنظير والتعقد والتخير من الآراء المعتمدة فى المذاهب

٢- القضاء والإفتاء فى المسائل الحادثة .

٣- التفكير الفقهى وتطبيقاته العملية فى عصر الخلفاء العثمانيين .

٤- تطوير النظرية الأصولية .

وأتناول كلا من هذه الجوانب بشىء من التفصيل فيما يلى :

أولا - التظير والتقعيد والإفادة من الاختلاف الفقهية:

أمكن للفقهاء المسلمين بعد استقرار مذاهبهم العكوف على اجتهادات فقهاء هذه المذاهب لاستخلاص القواعد الكلية التى تحكم هذه الاجتهادات . وعلى الرغم من رجوع عدد من هذه القواعد الكلية إلى فترات تاريخية سابقة فإن صياغتها التى نعرفها بها قد بدأت فى منتصف القرن الرابع الهجرى وأخذت وقتا طويلا حتى صارت موضوع علم مستقل بين علوم الفقه الإسلامى . وإنما يظهر ذلك بالرجوع إلى التواريخ التى بدأ فيها أبو طاهر الدباس وأبو الحسين الكرخى عملهما فى استنباط هذه القواعد ، وكان ذلك فى القرن الرابع الهجرى .

والقاعدة حكم كلى ينطبق على جميع جزئياته لتعرف أحكام هذه الجزئيات من هذا الحكم . ويدل اهتمام الفقهاء باستخلاص القواعد الكلية على نضج ملكاتهم الفقهية وقدرتهم على استنباط

القواعد الضابطة للجزئيات والفروع كما تدل على وضوح مناهج القضاء والإفتاء ولا شك فى أن التقعيد كان من عمل الفقهاء الذين انتقلوا بعملهم هذا إلى مرحلة التفكير الكلى لا الجزئى .

وفيما يلى ذكر أهم القواعد الكلية :

١- الأمور بمقاصدها :

ترجع هذه القاعدة إلى قوله ﷺ : « إنما الأعمال بالنيات » . ومعنى هذه القاعدة أن الحكم على الأعمال متوقف على نية الفاعل من فعله . فالقتل يجب فيه القصاص إذا كان عمدا ، ولا يعاقب القاتل بهذه العقوبة إن لم يتعمد القتل . ويتفرع عن هذه القاعدة الكلية قاعدة فرعية فى العقود مفادها أن العبرة فى العقود بالقصود والمعانى لا بالألفاظ والمبانى . ويعنى تطبيق ذلك الحكم لاعتبار التصرف إجارة إذا اتفقا على الوكالة بأجرة أو على الوديعة بأجرة أو على إعارة سيارة أحد المتعاقدين نظير عوض بدفعه المتعاقد الآخر . ولا يلتفت إلى الألفاظ المستخدمة عند التعاقد لكونها على خلاف مقصود المتعاقدين .

ولا تخفى أهمية تأكيد النية على هذا النحو فى كثير من الفروع الفقهية ، منها - على سبيل المثال - الحكم بالتعويض على المرخص فى بيع سلعته قصدا إلى تفليس غيره فيما نص عليه الشاطبى . إن من حق مالك المال أن يبيعه بسعر أرخص من سعره الحقيقى أو يعطيه لغيره بدون عوض ، إن كان أهلا للتبرع ، لكنه يأثم بقصد الإضرار بالغير ولا يبعد أن يحكم عليه بالتعويض بهذا القصد وحده ، كما يقول الشاطبى . ويظهر أن مثل هذا الاجتهاد الفقهى لم يكن فى الوسع الانتهاء إليه قبل صياغة هذه القاعدة على هذا النحو .

وعلى سبيل المقارنة فإن هذه القاعدة كانت ذات أثر بعيد فى

تطوير التفكير القانوني الجنائي الانجليزي والتأكيد على الركن الأدبي للجريمة للعقوبة عليها .

٢- اليقين لا يزول بالشك :

معنى هذه القاعدة أن الأمر الثابت على وجه القطع واليقين يظل على حاله إلى أن يرد ما يغير حاله هذا بدليل يفيد اليقين كذلك ولا عبرة بالشك لرجحان اليقين .

ومن تطبيقات هذه القاعدة أنه إذا ادعى شخص دينا على آخر فصدقه المدعى عليه ولكنه ألحق بتصديقه ادعاء أنه أدى هذا الدين إلى المدعى فيحكم بثبوت الدين للمدعى ، ولا يحكم ببراءة المدعى إلا إذا قدم دليلا يفيد اليقين على صدقه فى رد دينه .

أما لوكان المدعى عليه قد أنكر ما ادعاه المدعى فلا يثبت الدين إلا بدليل يثبته ، لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه .

ويتفرع عن هذه القاعدة الكلية القواعد الفرعية التالية :

١- الأصل براءة الذمة .
٢- الأصل براءة المتهم حتى تثبت إدانته .
٣- الأصل صحة الظاهر والبينة على من يدعى خلاف ذلك .
٤- القديم يترك على قدمه .
٥- الضرر لا يكون قديما ، أى لا يحكم ببقائه استنادا إلى قدمه .
٦- لا عبرة للتوهم .
٧- لا عبرة بالظن البين خطؤه .

وفى اعتقادى أن وضوح هذه القواعد ووضعها على هذا النحو كان ذا أثر كبير فى إثبات الحقوق وسير الدعاوى والفصل فيها . وتعبر هذه القواعد عن كثير من المبادىء المعروفة فى قوانين الإثبات الحديثة ، ولذا فإن صياغتها على هذا النحو تطور ينبغى الاعتراف بقيمته .

٣- الضرر يزال :

أصل هذه القاعدة قوله ﷺ لا ضرر ولا ضرار . وتفيد وجوب العمل على رفع الضرر الناشيء عن التعدى بتعويض المتضرر أو بإزالة هذا الضرر بأى طريق آخر . وكانت صياغة هذه القاعدة على هذا النحو من العموم ذات أثر واضح فى تعدية الحكم الذى تعبر عنه هذه القاعدة ليشمل أحوالاجديدة . من ذلك ما نص عليه سليمان الجمل فى حاشيته على المنهج فى شأن الحكم بالضمان على من أخبر امرأة على سبيل الهزل بأن زوجها مات فى حادث فأجهضت ، لأنه تعدى باخبارها هذا الخبر . وكذا لو فاجأها بمثل هذا الخبر ، وهى فى حال لا تقدر فى مثله على احتمال مثل هذه المفاجاة .

وقد ضبط الفقهاء فى هذه المرحلة نظرية الضرورة والحاجة وتفسير النصوص والعرف والدفاع الشرعى المعبر عنه فى الفقه الإسلامى بدفع الصائل والتعسف فى استعمال الحقوق والخصوصية والمصالح والعقد والملك والمال وما إلى ذلك مما يعبر بوضوح عن طبيعة عمل فقهاء هذه الفترة ويبعد بهم عما وسموا به من ضعف التفكير والجمود أو الانحطاط العقلى طبقا لهذه الأوصاف التى جادت بها بعض القرائح .

ألا يكفى هؤلاء الفقهاء فخرا أن يصوغوا هذه النظريات الحقوقية وغيرها صياغة على قدر بالغ الوضوح والدقة فيما تكشف عنه هذه القواعد التى سبقت الإشارة إليها ؟ لا أشك فى أن الاجابة بالإيجاب خاصة إذا أدركنا حالة التفكير القانونى السائدة فى العالم آنذاك .

الترجيح والإفادة من الخلافات الفقهية فى المذهب :

درج الفقهاء فى هذه الفترة على الموازنة بين آراء علماء المذهب

الواحد لوزن حجيتها وتقسيمها إلى راجح ومرجوح وشاذ بهدف تعيين الرأى الأولى بالاتباع فى الفتوى والقضاء . ولم يكن هذا الترجيح لكل العلماء فى المذاهب ، وإنما كان من اختصاص طبقة عالية القدر ممن يكادون يبلغون رتبة الاجتهاد فى المذهب . وممن بلغ رتبة الترجيح فى المذهب الحنفى الكرخى والسرخسى والمرغينانى والكمال بن الهمام والزيلعى . وتبوأ هذه المنزلة فى المذاهب المالكى ابن رشد الجد وخليل والقرافى والحطاب . ووظيفة هؤلاء الفقهاء ومن فى طبقتهم الموازنة بين الآراء المختلفة المودعة فى المذهب والترجيح بينها لتصنيفها إلى ما يعد راجحا وما يعد مرجوحا أو شاذا انفرد به آحاد علماء المذهب ، على أساس من قوة الدليل وملاءمة الحكم للمصلحة الاجتماعية المتطورة بتطور الظروف . ولم تكن نتيجة هذا الترجيح أحكاما ثابتة إلى الآبد ، وإنما كان يجرى اختبار الآراء المتخالفة كلما دعت الظروف لترجيح بعضها على أساس من المعيار السابق فيعد راجحا ما كان مرجوحا من قبل . وتشير عبارة : « اختيار المتقدمين وعبارة : « اختيار المتأخرين » إلى اختلافهم فى الترجيح تبعا لاختلاف الملاءمة والظروف الاجتماعية .

وأوضح ذلك بمثالين ، يتعلق أولهما بمسألة ضمان المنافع ويتعلق الثانى بمسالة لزوم عقد الاستصناع أو جوازه . أما المثال الأول المتعلق بضمان المنافع ، فى المذهب الحنفى فيلاحظ أن علماء هذا المذهب قد انقسموا فى الرأى إلى اتجاهين متعارضين الاتجاه الأول يمثله أبو حنيفة وأبو يوسف اللذان انكرا اعتبار المنافع من الأموال ، لأنها تحدث شيئا فشيئا ولا تبقى زمانين ويسهم المنتفع فى إيجادها ، ولذا فإنه لا يضمنها إذا استولى عليها دون اتفاق مع مالكها . أما الاتجاه الثانى فقد عبر عنه محمد بن الحسن ، وقضى بأنه لا مانع من ضمان المنافع . ولذا فإن من يستولى على بيت غصبا ويسكنه سنوات لا يضمن شيئا ولا تجب عليه الأجرة ، طبقا لمذهب أبى حنيفة وأبى

يوسف ويجوز للقاضى عند محمد أن يحكم على المستولى بدفع قيمة أجرة هذا البيت فى المدة التى سكنه فيها . وقد أخذ متقدمو الأحناف بترجيح الرأى الذى اجتمع عليه الشيخان : أبو حنيفة وأبو يوسف . غير أن الظروف الاجتماعية كشفت فى العصور المتأخرة عن المظالم التى تنشأ من تطبيقات هذا الرأى ، ولذا فقد عدل المتأخرون عن الأخذ باتجاه الشيخين أبى حنيفة وأبى يوسف ، وتم العمل بمذهب محمد ، وهو الرأى الذى اختارته مجلة الأحكام العدلية فيما بعد ورضيته على سبيل الاستثناء فى أحوال معينة ، وبذا جاء فيها النص على ضمان منفعة اليتيم إذا استخدمه أحد ولم يعطه أجره ، وعلى ضمان منفعة ملك اليتيم أو الوقف وعلى ضمان منافع الأموال المعدة للاستغلال كالفنادق ووسائل النقل .

أما المثال الآخر فيتعلق بعقد الاستصناع واعتباره من العقود الجائزة أو اللازمة؛ فقد ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى اعتبار عقد الاستصناع من العقود الجائزة على حين ذهب أبو يوسف إلى اعتباره عقدا لا زماً. ومقتضى ذلك أنك إذا اتفقت مع مقاول على بناء دار لك بأوصاف معينة وسعر متفق عليه ، فبنى المقاول الدار على الأوصاف المعينة فلا يلزمك أخذ الدار ودفع الثمن المتفق عليه عند أبى حنيفة ومحمد ، لأن عقد الاستصناع من العقود الجائزة ، أى لا يلزم الوفاء بها قضاء. أما رأى أبى يوسف فهو أن عقد الاستصناع من العقود اللازمة ، متى جاء المصنوع على الوصف المتفق عليه . وقد اضطر المتأخرون إلى الأخذ برأى أبى يوسف لقوة دليله ولكونه الأكثر ملاءمة للمصالح الاجتماعية . وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية فى أواخر القرن الماضى .

ومن الواضح أن هذا الأسلوب فى الترجيح قد أمد الفقه المذهبى بقدر من المرونة فى الاستجابة للمصالح الاجتماعية فى الظروف

المختلفة.

ثانيا - القضاء والإفتاء فى المسائل الحادثة:

اعتمد الفقه الإسلامى فى تحقيق الاستجابة للمصالح الاجتماعية على اجتهاد القضاة والمفتين فى تطبيق القواعد الشرعية على ما يعرض لهم من نوازل وحوادث وقضايا . ومن الظلم البين أن نبادر بخلع أوصاف التخلف والجمود والضعف على تفكيرهم لأنهم لم يقرروا التخلى عن جهود أسلافهم والاجتهاد بأنفسهم اجتهادا مستأنفا. ومع ذلك فإنهم لم يقصروا فى أداء واجباتهم المنوطة بهم ، وقبلو الاستعانة بجهود أسلافهم حينما كانت تسعفهم هذه الجهود واضطروا إلى استئناف الاجتهاد فى أحوال كثيرة حينما لم تكن تسعفهم جهود أسلافهم وتوصلوا بجهودهم الخاصة إلى إرساء نظام للسوابق القضائية للإفادة من الجهود القضائية السابقة وتطويرها . ويلاحظ أن القضاة كانوا فى الغالب يجرون التحقيق ويقومون بتلخيص القضية وعرضها على عدد من الفقهاء (خمسة فى أحوال كثيرة) لإبداء الرأى فى الحكم الواجب فى القضية ، فإذا اتفق رأيهم على شىء قضى به ، وإذا اختلفوا رد القضية إلى المخالف حتى ينظر فى الأمر مرة أخرى ، فإن عاد المخالف إلى رأى الجماعة أخذ به وإلا قضى القاضى برأى الأغلبية. ويقترب عمل القاضى فى تلخيص القضية وعرضها على الفقهاء الذين يشاروهم فى الحكم وأخذه برأى جماعتهم أو أغلبهم ما يقوم به القاضى الانجليزى فى نظام المحلفين. ومع ذلك فإن عرض القاضى ملخص الدعوى على مستشاريه من الفقهاء ودعوتهم إلى التفكير فى الحكم الواجب ، مما يدل دلالة قاطعة على قيام هؤلاء المستشارين والقضاة باستئناف التفكير فى كل واقعة مهما بدت مألوفة معروفة .

ولا ينكر أثر القضاء فى التناول الفقهى لكثير من المسائل

الدقيقة المتعلقة بالنظام القضائى .

من ذلك تعرض الفقهاء لحجية الحكم القضائى ومدهم هذه الحجية للمسائل الأولية التى يتوقف عليها الفصل فى موضوع الدعوى وإيجابهم على القاضى أن ينظر فيما تتوقف عليه الدعوى أولا قبل الفصل فى الدعوى نفسها . من ذلك أنه إذا طالب المدعى بالحجر على المدعى عليه لتفليسه فإنه يتعين على القاضى النظر فى الشق الخاص بالتفليس قبل الحكم بالحجر . جاء فى معين° الحكام أن مما يفتقر إلى حكم الحاكم بالحجر تفليس من أحاط الدين بماله، لأن من شرط صحة الحجر على المديان القضاء بإفلاسه أولا ثم الحجر بناء عليه ولذا لا يصح حجره من غير القضاء بإفلاسه بالإجماع. وترجع أكثر الأحكام الفقهية المتعلقة بعمل القضاة وأعوانهم الذى يستحضرون الخصوم ويعملون على تنفيذ الأحكام إلى هذه الفترة . من ذلك صياغة نظام رد القضاة إذا اشتبه الخصوم فى حياد القاضى أو تحامله عليهم أو غير ذلك من الأسباب المؤثرة فى إدارة دفة العدالة . وقد عرف المسلمون ولاية قضائية تختص بالنظر فى هذا الأمر وأسندته إلى من كان يطلق عليه « والى الرد » أو « صاحب الرد » .

وناقش فقهاء هذه الفترة ما يسمى بالتنحى الوجوبى والتنحى الجوازى فى حق القضاء ونبه هؤلاء الفقهاء إلى مبدأ حرية الدفاع فى الوصول إلى المعلومات واستنساخ الوثائق اللازمة ومساءلة الشهود والخصوم . يقول ابن فرحون : « وإن سأل المشهود عليه أن تنسخ له شهادات الشهود فذلك له ليكون قادرا على أن يسألهم ويذكرهم . وجاء فى شرح عبارة :« جرى العمل عندنا فى هذا الوقت بإعطاء النسخ كلها صغيرها وكبيرها جاء فى كتب المالكية سئل أحد العلماء عن متخاصمين طلب أحدهما من صاحبه أن يوقفه على وثيقة بيده له فيها حق فأجاب . إذا حضر الخصم وجب إخراج الوثيقة

للطالب لينظر فيها وليس له الامتناع وهى من حق الطالب .

وقد تأثر الفقهاء بالواقع العملى للنظام القضائى السائد أيامهم فى تناول عدد من المسائل التى لم يكن لأسلافهم بها عهد من قبل أو التى وقف منها هؤلاء الأسلاف موقفا مختلفا . من ذلك مسألة تعدد القضاة فى المحكمة الواحدة ، إذ منع من هذا التعدد طائفة من فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فى القرون الأولى ، على حين كان الاتجاه فى القرن المتأخرة إلى جواز هذه التعدد. وكان تغير موقف الفقهاء فيما يبدو من النظرة السريعة هو أنهم خافوا من احتمال انقسام القضاة إذا تعددوا وضياع حقوق المتخاصمين نتيجة هذاالانقسام، خاصة وأن النظام السائد لم يكن يشتمل على مرجع الاستئناف القضايا عند الاختلاف. ولكن عندما قوى نظام المظالم وقام بدوره فى استئناف أحكام القضاة إذا استشعر المتخاصمون أن الحكم الأول لم ينصفهم فان الفقهاء أصبحوا أكثر استعداد لقبول تعدد القضاة. يقول ابن تيمية فى هذا الشأن : تولية قاضيين فى بلد واحد ، إما أن يكون على سبيل الاجتماع ، بحيث ليس لأحدهما الانفراد كالوصيين والوكيلين ، وإما على طريق الانفراد . أما الأول فليس هو مسألة الكتاب (السؤال) ولا مانع منه إذا كان فوقهما من يرد مواضع تنازعهما . وقد اتجه المتأخرون إلى جواز تولية قاضيين أو أكثر إن شرط اجتماعهم فيما يقضون به لأنه لا يؤدى إلى تخالف اجتهاد ولا ترجيح.

ولا ينبغى التهوين من شأن هذه الاجتهادات التى كانت تتراكم مع مرور العصور فى تطوير النظام القضائى الإسلامى وإقداره على القيام بدوره فى تسيير العدالة ، فضلا عن أثر هذه الاجتهادات ذاتها على التفكير الفقهى فى تصديه لهذه الظواهر الجديدة ومراجعتها لإقرارها أو رفضها .

الافتاء :

يشترك المفتى والقاضى فى البحث عن الحكم الشرعى لواقعة معينة وذلك بإلحاق القاعدة بالقاعدة الشرعية . وإنما يختلفان فى سلطة الإلزام التى يتمتع بها حكم القاضى دون حكم المفتى الذى لا تتوافر له مثل هذه السلطة . ولا يخفى على المتتبع لتاريخ التشريع الإسلامى عظمة الدور الذى قام به المفتون فى تطبيق القواعد الشرعية على النوال والوقائع التى كانت تجد للناس، وهو أمر كان له أثره فى توضيح هذه القواعد وربطها بالواقع العلمى لسلوك الناس . ويشبه عمل المفتى فى إلحاق الواقائع بالقواعد الشرعية عمل القاضى فى الحكم فيما يعرض له من أقضيات وفى أن كلا منهما كان من بين العوامل التى ضمنت تجدد الفقه الإسلامى واستمرار تطوره .

ويتضح جهد المفتين واجتهادهم فى مراجعتهم للأعراف والمعاملات التى كانت تطرأ فى المجتمع وتفرض نفسها على تفكير الفقهاء للبحث عن حكم شرعى لها .

من ذلك إجازة متأخرى الأحناف دفع الخلو للحلول فى السكنى محل طالبه ، استنادا إلى العرف الخاص السائد فى القاهرة فى عصر المماليك ، وذلك بعد أن بنى السلطان الغورى حوانيت الجملون بالغورية وأجرها للتجار على أساس أن يدفع كل منهم قدرا معينا من المال سوى الأجرة المفروضة واستفاد التجار من دفعهم الخلو تقليل الأجرة المفروضة عليهم . كما استفاد المالك توفير المال اللازم للبناء . وفى مقابل ذلك أعطى المالك للمستأجر الحق فى إجارة الحانوت الذى يستأجره إذا استغنى عنه لغيره ويأخذ منه ما كان قد دفعه أو ما يتفقان عليه . ولا حق للمؤجر فى فسخ هذه الإجارة من جهة العرف الذى أقره الفقهاء، واعتبروا ما يدفع من خلو جزءا من الأجرة المتفق عليها. ويعتمد هذا التحليل الفقهى على مبدأين سائغين فى النظر

الفقهى ، وهما :

١- حق المالك فى إنابة غيره فى تأجير ملكه .

٢- جواز تعجيل الأجرة أو جزء منها .

ومن الظواهر التى تناولها الفقهاء بعد أن فرض وجودها هذا التناول ظاهرة كساد النقود أو انقطاع التعامل بها ، وذلك نتيجة للتضخم أو اتخاذ قرار رسمى بتغيير النقود. وقد تناول متأخرو الفقهاء أحكام الديون والالتزامات النقدية إذا تغيرت قيم النقود بالتضخم فى رسالة اتخذت عنواناً كاشفاً عن مضمونها هو : بذل المجهود فى مسألة تغير النقود. ويشى هذا العنوان باجتهاد التمرتاشى فى كشفه عن حكم تغير قيم النقود . أما ابن عابدين الذى جاء بعد التمرتاشى بوقت طويل فلم يحتج إلى مثل مجهود سلفه فى بحث الموضوع نفسه ، واكتفى بالتنبيه على أهمية هذه المسألة ، وهو لهذا إنما يسمى رسالته : « تنبيه الرقود على مسائل النقود » .

ويظهر أن الاتجاه الغالب بين من بحثوا مسألة تغير النقود أن نقصان قيمتها بعد نشوء الالتزام لا يوجب النقصان فيه ينقل ابن عابدين عن كثير من الفقهاء أنه إذا اشترى رجل ثوبا بدراهم من نقد متفق عليه فلم يسلم المشترى النقود إلى البائع حتى نقصت قيمتها فلا يجب عليه إلا القدر المتفق عليه . ومع ذلك فإن هناك رأيا أخر مرجوحا يعطى للبائع الحق فى الفسخ إذا نقصت قيمة النقود المتفق عليها فى تحديد الثمن وينسب هذا الرأى فى المذهب الحنفى إلى أبى يوسف الذى يذكر عنه ابن عابدين أنه إذا غلت الفلوس قبل القبض أو رخصت فإن عليه قيمتها من الدراهم يوم وقع البيع . ورجح كثير من المتأخرين رأى أبى يوسف ، نظرا إلى ارتباط ظاهرة التضخم عندهم بالنقود المتخذة من غير المعدنين النفيسين . الذهب والفضة ، وإلى أن الذى يجرى فيه الغلاء والرخص هو هذه الفلوس التى كانت تتخذ من

غير هذين المعدنين النفيسين ولم تعتبر أثمانا بذاتها ولكن بالاصطلاح عليها فتتغير قيمتها بتغير هذا الاصطلاح ويتغير الالتزام تبعا لذلك .

أما إذا كسدت النقود لانصراف الناس عن التعامل بها بقرار سياسى أو لأى عامل آخر فيلزم ألا يجب الوفاء بها ، لأنها لم تعد أداة للوفا . وإنما يجب فسخ الالتزام أو تعديله طبقا لما هو العدل .

ويشير ابن عابدين إلى الاضطراب الناشىء فى التعامل أيامه نتيجة كثرة ورود الأمر السلطانى بتغيير أسعار بعض النقود الرائجة بالنقص والزيادة . وينقل أن الذى استقر عليه الإفتاء هو الحكم بوجوب المسمى بالنقد المتفق عليه إذا كان النقد المتفق عليه معينا ، ولا يلتفت إلى ماطرأ من زيادة أو نقص . وأما إن كان النقد غير معين فيفتى بالصلح .

ويدل النظر إلى هذه القضايا وما يشبهها على استمرار تصدى الفقهاء لما كان يقع فى أيامهم من مشكلات، واجتهادهم فى استنباط الحكم الشرعى لهذه المشكلات بالرجوع إلى القواعد الفقهية والتخريج على اجتهادات الفقهاء السابقين٠ ومن هذا القبيل سؤال ابن عابدين فى رمضان سنة ١٢٤٠هـ عن الضمان على المراكبى الناقل لقاء عوض يعطاه٠ وقد أجاب بأنه لا يضمن إذا طبقنا قاعدة الأجير المشترك لو لم يهمل أو يخطىء٠ أما إذا طبقت عليه قاعدة الضمان فى الوديعة بأجرة فإنه يضمن، لأنه ضمن السلامة فلا يبرأ إلا بنقلها سليمة إلى المكان المتفق على نقلها إليه ٠

ولا يغيب عن البال أن الفقهاء فى هذه الفترة كانوا يقومون بإعادة تقويم الاجتهادات الفقهية، وتصنيف الاختلافات بين علماء المذهب فى ضوء حاجات المجتمع الإسلامى ومصالحه ٠ وتكفى الإشارة لتوضيح هذا الملمح إلى فتوى ابن تيمية فى احتساب الطلقات الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة، مع أن الفقهاء منذ عصر عمر بن

الخطاب كانوا يحكمون بأنها ثلاث. وإنما عدل ابن تيمية عن ذلك رعاية لمصلحة حفظ الأسرة ورغبة فى التصدى لمشكلة المحلل الذى يعقد على الزوجة لتحل لزوجها الأول بعد أن طلقها ثلاثا مرة واحدة. وقيمة مثل هذه الاجتهادات أنها تستند إلى أدلة شرعية قوية فى الوقت الذى تعمل فيه على الاستجابة للمصالح الاجتماعية.

ولعل فيما سبق ما يؤكد أن الفقه الإسلامى لم يصل إلى حالة الجمود أو الركود أو إغلاق الاجتهاد فى هذه الفترة. ويتأكد هذا الملمح كذلك بالرجوع إلى حالة التفكير الفقهى وتطبيقه العملى فى أيام الدولة العثمانية.

ثالثا - التفكير الفقهى وتطبيقه فى الدولة العثمانية

يلاحظ يوسف شاخت قيام التشابه بين جهود العباسيين وبين جهود العثمانيين فى العمل على إنشاء دولة تلتزم بالتطبيق العملى لأحكام الشرعية الإسلامية. وفى رأيه أن العثمانيين حققوا أكبر قدر من النجاح، لبعض الوقت، فى هذا الشأن. وكان لسعيهم فى صبغ الحياة الاجتماعية لدولتهم بالصبغة الإسلامية آثار ذات أهمية قصوى فى تاريخ التشريع الإسلامى. وفى رأيه أن العاطفة المشبوبة للأتراك العثمانيين الذى دخلوا فى الإسلام فى فترة متأخرة كانت أشد وأقوى بكثير من نظيرها لدى الشعوب الأخرى التى اعتنقت الإسلام قبل أمد طويل. وفى هذا الإطار كانت السيطرة والغلبة بحلول القرن السادس عشر للتفكير المحافظ الذى قاده العلماء. وكان سليم الأول الذى ولى الخلافة فى الفترة من [١٥١٢ - ١٥٢٠] وسليمان خان الأول القانونى الذى ولى من [١٥٢٠-١٥٦٠] وخلفاؤهم التالون لهم أكثر حماساً وإخلاصاً لفكرة إقامة دولة تلتزم بأحكام الفقه الإسلامى من

نظرائهم الخلفاء العباسيين الأول. وفى رأى شاخت أن الخلفاء العثمانيين التزموا بتطبيق المذهب الحنفى الذى ظل موضع تقدير الأتراك لكفاءة هذا المذهب فى ضبط الحياة الاجتماعية الراقية، بحكم استمرار تطبيقه فى مجتمعات نعمت بالرقى والتحضر.

مظاهر التزام العثمانيين بالشريعة :

من المظاهر الدالة على التزام العثمانيين بأحكام الشريعة الأمور التالية :

١ - الإصرار الإدارى على التقيد بهذه الأحكام وإسناد الإشراف على الأعمال الإدارية فى المناطق المختلفة إلى القضاة، حتى كان رئيس الشرطة فى الإقليم خاضعاً لإشراف القاضى على أعماله وملزما باتباع أوامره.

٢ - كذلك فقد عنى العثمانيون بتطوير التعليم الفقهى وترتيب إدارات الإفتاء على نحو يجعل للمفتى الأعظم، وهو مفتى إسلامبول والملقب بشيخ الإسلام، الإشراف الفعلى على هذه الإدارات وأنشطتها. وقد حظى منصب شيخ الإسلام بمنزلة عالية القدر بين المناصب الكبرى فى الدولة، كما أسند إليه أمر الإشراف على التزام إدارات الدولة فى أنشطتها المختلفة بقواعد الشريعة الإسلامية وأحكامها. وكان شيخ الإسلام من بين الشخصيات التى يجرى استشارتها فى الشئون الكبرى للدولة. ونال هذا المنصب أعلى تقدير له فى عهد سليمان الأول القانونى فى شخص شيخ الإسلام أبى السعود الذى ولى هذا المنصب ابتداء من عام [٩٥٢هـ/١٥٤٥م] حتى وفاته فى عام [٩٨٢هـ/ ١٥٧٤م].

٣ - العمل على مراجعة القوانين القائمة فى الدولة. والواقع أن شهرة أبى السعود إنما ترجع إلى نجاحه فى مراجعة القوانين القائمة

ورد ما يعارض أحكام الشريعة الإسلامية منها وإحلال ما يتلاءم مع الشريعة الإسلامية محلها. وقد اختاره السلطان سليمان القانونى قبل تعيينه مفتيا ليشرف على مراجعة القوانين المعمول بها فى البلاد الأوروبية من وجهة الشريعة الإسلامية لاستبعاد النصوص المخالفة وإحلال الأحكام الملائمة للشريعة محلها. وكانت هذه المراجعة ضرورية لقيام النظام القضائى فى الدولة بدوره على نحو من التناسق والدقة والوحدة، خاصة بعد نجاح الخلافة فى ضم كثير من البلاد الأوربية إليها ومد سلطتها السياسية إلى حدود فيينا فى النمسا.

وكان نجاح أبى السعود فى صياغة قوانين شرعية لتطبيقها فى البلاد الأوربية المفتوحة كاليونان والمجر وتشيكوسلوفاكيا وبعض الجمهوريات الروسية عملاً من الأعمال التشريعية الضخمة التى لفتت أنظار الباحثين الغربيين وكانت محل إعجاب عدد كبير منهم طبقا لما ينقله Uriel Heyd فيما يتعلق بالقانون الجنائى الذى كان مطبقا ابتداء من القرن السادس عشر. وعبارته فى ذلك : «لقد كان تطبيق القانون الجنائى العثمانى محل إعجاب المراقبين الأوربيين فى القرن السادس عشر والسابع عشر والثامن عشر، ليس لما يتمتع به هذا القانون من كفاءة ودقة فحسب بل لعدالته كذلك خاصة إذا ما قورن بنظائره الأوربية فى هذه الأثناء، وإذا وضعنا فى الاعتبار ما كان يعانيه المتقاضون الأوربيون من طول أمد التقاضى وارتفاع تكلفته. وإنما استثار دهشة هؤلاء المراقبين ما كانوا يلاحظونه من كثرة القضايا التى كانت تفصل فيها المحاكم العثمانية فى جلسة واحدة، وندرة القضايا التى تذهب إلى محاكم الاستئناف. وفى رأى هؤلاء المراقبين أن سرعة الفصل فى القضايا على هذا النحو وتطبيق العقوبات الرادعة وكفاءة جهاز الشرطة كان من بين الأسباب التى أدت إلى انخفاض معدلات ارتكاب الجريمة فى الأقاليم الواسعة والمتنوعة للدولة العثمانية .

ومن التطورات البالغة الأهمية فى هذه الفترة إصدار لائحة لتنظيم العمل القضائى تتألف من اثنتين وثلاثين مادة وتنص، فى بعض ما جاءت به على حق القاضى فى التخير من بين الآراء الراجحة فى المذهب الحنفى وعلى المنع من سماع الدعوى لفقد شرط من الشروط الواجبة لنظرها• وقد توسع المقنن المصرى فى الاستناد إلى هذا الأسلوب فى معالجة زواج الصغار وفى التشجيع على توثيق الزواج وذلك فى مرسومى ١٩٢٠، ١٩٢٩ من قوانين الأحوال الشخصية• وإنما يرجع العمل بهذا الأسلوب إلى عهد السلطان سليمان القانونى الذى منع القضاة بموجب ما نصت عليه هذه اللائحة من سماع الدعاوى التى مر على قيام أسبابها خمس عشرة سنة• وتحدد اللائحة على هذا النحو مدة التقادم المسقط للحق فى رفع الدعوى بهذه المدة إلا إذا وجد عذر مقبول اقتضى هذا التأخير•

٤ – إصدار القوانين المستمدة من المذهب الحنفى للعمل بها فى البلاد: ولا يتميز الخلفاء العثمانيون عن سابقيهم من الخلفاء المسلمين بهذه الرغبة العارمة فى تطبيق أحكام الشريعة، وإنما الذى يتميزون به عن غيرهم هو صدور هذه القوانين العديدة التى قصد بها إلى تيسير عمل القضاة وتحقيق الوحدة لهذا العمل بين أرجاء الدولة العلية على نحو من الكفاءة والدقة•

ويرجع أول ما صدر من هذه القوانين إلى عهد السلطان محمد الثانى الملقب بالفاتح لفتحه القسطنطينية والذى تولى الحكم عام ١٤٥١م• وقد نجح فريدريك كريلتز Friedrich Kraelitz فى نشر نصوص القانون الجنائى والقانون المالى العثمانيين اللذين صدرا فى عهد محمد الفاتح مع ترجمة هذين القانونين إلى اللغة الألمانية، وكذا درسهما باحث آخر اسمه Imalcik وعلق على هذه الدراسة ونصوص القانون Ureil Heyed فى كتابه القيم دراسات فى القانون الجنائى

العثمانى القديم.

وقد صدرت قوانين جنائية ومالية أخرى تختص بالتطبيق فى الممالك والبلاد الأوربية التابعة للدولة والتى يسكنها غير المسلمين، ولذا ترجع هذه القوانين الصادرة لغير المسلمين والمكتشفة حديثا إلى ما بين عام ١٤٨١ فى عهد السلطان بايزيد الثانى [١٤٨١ - ١٥١٢]. وتكشف مقدمة هذا القانون فيما يذكر أريل هيد عن السبب فى صدور هذا القانون الخاص بجزيرة سيفلينيا Island of Cephalonia فى أن أهالى هذه الجزيرة قد شكوا إلى الخليفة ظلم الجباة وبعض عمال الدولة وطالبوا بإصدار قانون يخضع له موظفو الدولة فى علاقاتهم بالمواطنين. وتتشابه نصوص هذا القانون فى كثير من أحكامها مع القانون الذى أصدره محمد الفاتح بالنسبة للمسلمين، إلا أن عقوبات قانون يزيد الثانى أخف من هذه العقوبات التى يفرضها قانون محمد الفاتح بالنسبة لمرتكبى الجرائم من المسلمين .

وقد شهد عهد بايزيد الثانى صدور قانون آخر هو سياسة نامه، أو قانون السياسة الذى يهدف إلى حفظ النظام العام وعقاب الخارجين عليه بعقوبات شديدة، كالقتل. وصدر فى هذا العهد كذلك القانون الجنائى للسلطان بايزيد الثانى.

ولا أريد الاستطراد فى عدّ ما صدر من قوانين جنائية للمسلمين وغيرهم فى القرن الخامس عشر وما بعده أيام الدولة العثمانية، وتكفى الإشارة إلى أن عدد هذه القوانين الجنائية الصادرة من القرن الخامس عشر إلى السابع عشر لا تقل عن ستة قوانين، طبقاً للتصنيف الذى قدمه أريل هيد لمخطوطات هذه القوانين المحفوظة فى المكتبات والمتاحف الغربية.

وفى رأى شاخت أن المجموعة القانونية المعروفة بقانون نامة الصادرة فى عهد سليمان الأول القانونى والتى ترجع صياغتها إلى فترة بايزيد الثانى ١٤٨١-١٥١٢ تعد تطوراً قانونياً بالغ الأهمية، لاشتمال هذه المجموعة على تناول مفصل لأحكام إقطاع الأراضى ووضع الرعايا غير المسلمين وتنظيم الشرطة والقانون الجنائى وقانون الأراضى وأحكام الحرب. وليس هذا فحسب فقد صدرت إلى صاحب الشرطة توجيهات عديدة تتعلق بالعمل على حفظ الآداب العامة.

ويعلق شاخت على هذا كله بأن النظام القانونى للعثمانيين فى القرن السادس عشر كان أعلى منزلة مما كان عليه الحال فى البلاد الأوربية، بالنظر إلى الوحدة التى نعم بها هذا النظام فى أقل تقدير. ولكن الضعف الذى انتاب الدولة العثمانية فيما بعد قد أثر على نظامها القانونى تأثيراً سيئاً .

مجلة الأحكام العدلية :

على الرغم من تكالب الدول الأوربية على الخلافة العثمانية لإضعافها وإذكاء الصراع بين العصبيات والقوميات وتأليب الشعوب الأوربية للخروج على الدولة فقد استمرت جهود الدولة والعلماء فى تطوير النظام القانونى. وكان أهم ما شهده القرن التاسع عشر من تطور قانونى هو صدور مجلة الأحكام العدلية فى عام [١٨٧٧م]. وهذه المجلة التى بلغت [١٨٥٠] مادة تعد تقنينا مدنياً كاملا، لا يقل بحال من الأحوال من حيث الصياغة والشكل أو الموضوع عن أرقى القوانين المدنية المعروفة فى عصرنا. وهى مأخوذة من المذهب الحنفى. وتشتمل فضلاً عن المعلومات المدنية على قواعد الإثبات ونظام التقاضى. ولا يغيب عن الأحكام أن المجلة ليست سوى حلقة من حلقات التطور فى تقنين أحكام الفقه الإسلامى. وهى تتسم لهذا بقدر غير قليل من النضج فى الصياغة والترتيب على الرغم من

انحصارها فى دائرة المذهب الحنفى. ولا أجد ما يتفوق فيه القانون المدنى الفرنسى [١٨٠٤] على المجلة العدلية، سواء فى الترتيب والصياغة أو فى الأحكام الموضوعية التى عبرت عنها هاتان المجموعتان القانونيتان.

الباعث على وضع المجلة :

تتمثل الدوافع التى استشعرتها اللجنة القائمة على إنشاء المجلة فيما يأتى :

١ - اتساع المعاملات التجارية وازدياد الاتصال بالعالم الغربى، قد أوجدا كثيرا من التصرفات التى يعسر على القضاة تحديد حكمها الشرعى من كتب الفقه المطولة.

٢ - ضعف الثقافة الفقهية للقضاة وعدم قدرتهم على تحديد الرأى الراجح فى المذهب الحنفى من بين الآراء الفقهية العديدة التى قال بها علماء المذهب.

٣ - الرغبة فى توحيد الأحكام القضائية فى أقاليم الدولة العثمانية.

لكل هذه الدوافع بدأت اللجنة عملها فى تحرير المجلة عام ١٢٨٦هـ، بعد أن جرى الإعداد لها فترة تقترب من خمس سنين، واستمرت اللجنة فى عملها حتى عام ١٢٩٣هـ، وكانت اللجنة كلما انتهت من تحرير جزء من المجلة تطبعه وتوزعه على المختصين فى الدراسة الفقهية، ثم تعدل ما تنتهى منه فى ضوء ما يصل إليها من انتقادات وملاحظات، وأخيراً صدر قرار السلطان العثمانى بوضع أحكام هذه المجلة موضع التطبيق فى شعبان عام ١٢٩٣هـ.

الوصف الإجمالى للمجلة :

المجلة العدلية أول تقنين شامل لأحكام المعاملات ووسائل

الإثبات والتنظيم القضائى، وكان صدورها حدثا بالغ الأهمية فى التطور التشريعى، وتتضح هذه الأهمية بملاحظة ما يلى :

١ - ابتعدت المجلة عن الأسلوب الفقهى الذى يتغيا الشرح والدخول فى التفصيلات واقتربت من لغة المدونات القانونية لتيسر الرجوع إليها.

٢ - أخذت المجلة بتصنيف موضوعاتها إلى أبواب وفصول ومواد مرقومة بأرقام معينة لتيسير رجوع القضاة والمشتغلين بتطبيق القانون إلى هذه المواد.

٣ - اشتملت مواد المجلة على ذكر القاعدة الفقهية مع توضيحها بذكر الأمثلة الفقهية عليها. من ذلك ما جاء فى نص المادة [٢٠٩] من المجلة، ولفظها : بيع ما هو غير مقدور التسليم باطل كبيع سفينة غرقت لا يمكن إخراجها من البحر أو حيوان نادر لا يمكن مسكه وتسليمه. ويعيب البعض على المجلة عنايتها بذكر الأمثلة، باعتبار أن الشرح أقرب إلى لغة الفقه من لغة المدونات القانونية. وليس من العدل قياس صياغة المجلة بتقاليد الصياغة التى سارت عليها المدونات القانونية المعروفة فى العالم العربى المتأثرة باتجاهات مدرسة معينة. وتشيع فى كثير من التقنيات الإنجليزية ظاهرة ضرب الأمثلة للتوضيح. ويجب ألا يعد تعمد الوضوح بضرب الأمثلة عيباً.

٤ - اجتمع فى المجلة جانب موضوعى هو أحكام المعاملات التى تقابل موضوعات القانون المدنى، وجانب شكلى هو أحكام التقاضى ونظام القضاء ووسائل الإثبات. ويعده البعض عيبا كذلك لمخالفته التصنيف القانونى المتبع فى البلاد العربية فى هذا العصر. غير أن تناول المجلة لأحكام موضوعية مع أحكام شكلية لا ينبغى أن يعد عيباً لأمرين : أولهما اتساقها فى هذا التصنيف مع الذوق الفنى للفقهاء المسلمين، والثانى أن هذا الجمع لا يثير من الناحية العملية

أية مشاكل بشأن الرجوع لأحكامها أو فى أى أمر آخر.

أما العيب الرئيسى فى المجلة فهو الاقتصار على أحكام المذهب الحنفى؛ إذ لا جدال كما قال الاستاذ مصطفى الزرقا فى أن المذهب الاجتهادى الواحد مهما اتسع بأصوله وفروعه وتشعبت نظرياته وتخريجاته لا يمكن أن يكفى الأمة فى حاجاتها التشريعية المتجددة. فالسعة الكبرى فى قابليات الفقه الإسلامى العظيم إنما تتجلى فى مجموع مذاهبه الاجتهادية، لا فى واحد منها، فكان الواجب أن تستمد المجلة فى جميع المذاهب الفقهية أحسن ما فى كل منها وأعدله وأجراه مع المصلحة الزمنية وحاجات المجتمع المقبل على تطور كبير فى مجالات الاقتصاد والتعامل نتيجة الاتصال الاقتصادى والسياسى والثقافى بين الشرق والغرب.

وقد ترتب على اقتصار المجلة على الأخذ من المذهب الحنفى ما يلى :

١ - الشعور فى البلاد التى كانت تطبق فيها المجلة بعدم كفايتها لتلبية احتياجات المجتمعات العربية الناهضة. ولذا اضطرت الدولة العثمانية إلى اجراء التغيير بعد فترة قليلة من صدورها، كما حدث حين أدخلت فى المادة ٦٤ من قانون أصول المحاكمات ما يتضمن الاعتراف بحرية المتعاقدين فى اشتراط ما يحقق مصلحتهم فيما لا يخالف النظام العام والآداب. وكان من الممكن تحقيق هذا الهدف فى القواعد الموضوعية للمجلة لو أنها أخذت منذ أول الأمر بأحكام المذهب الحنبلى فى تصحيح الشروط المقترنة بالعقد ما لم تخالف أصلاً شرعياً.

٢ - اتجهت البلاد العربية التى كانت تطبق فيها المجلة نتيجة الشعور المتزايد بعدم كفايتها لتلبية احتياجاتها الزمنية إلى العمل على الأخذ بقوانين مدنية تستند إلى المذاهب الفقهية كليها، وتحقق

المصالح الاجتماعية المتنوعة. وكانت الظروف قد تغيرت، وظهرت على السطح وإلى مراكز التأثير والسلطة جماعات لا تعرف عن الفقه الإسلامى ولا تنتمى إليه قدر معرفتها وانتمائها للتفكير القانونى الغربى، ولذا فرضت هذه الجماعات قوانين مدنية مستمدة من القانون الغربى وأحلتها محل المجلة أحياناً أو مع ترصيعها ببعض أحكام الفقه الإسلامى فى أحيان أخرى، وينتمى القانون المدنى السورى إلى هذا النوع الأول المستمد من القوانين المدنية الغربية فى اتجاهاته العامة على حين ينتمى القانون المدنى العراقى إلى النوع الثانى الذى ينتمى إلى القوانين الغربية كذلك مع تحليته بكثير من مبادئ الفقه الإسلامى.

أهمية المجلة :

ومع هذا كله، فإن مجلة الأحكام العدلية عمل تشريعى ضخم لا يقل أهمية عن الأعمال التشريعية الضخمة التى ظهرت فى القرن التاسع عشر، وترجع أهميتها إلى ما يلى :

١ - برهنت المجلة على قدرة الفقه الإسلامى على تجديد نفسه واستيعاب التطور الذى لا يتعارض مع روحه ولا يتناقض مع مبادئه.

٢ - قدمت المجلة أساسا واضحاً للتطوير المقبول فى العمل بأحكام الفقه الإسلامى، ومهدت الطريق لهذا النوع من الدعوات الإصلاحية المطالبة بوضع مجلة جديدة تقوم على تحقيق الاستجابة للمصالح الاجتماعية عن طريق ضمان الاستمداد من المذاهب الفقهية جميعها وعدم الاقتصار على مذهب واحد، والأخذ بالذوق الفنى الحديث فى الصياغة التشريعية للقواعد دون دخول فى ذكر الأمثلة والاقتصار على الجوانب الموضوعية لأحكام المعاملات وفصلها عن الجوانب الشكلية.

٣ - نتج عن المجلة وعن هذه الدعوات الإصلاحية بعض

القوانين المدنية العربية التى اقتربت من أحكام الفقه الإسلامى، ولعل أهم هذه القوانين المدنية القانون المدنى الأردنى الصادر عام ١٩٧٦ وقانون الإمارات العربية الصادر عام ١٩٨٥م.

والأمر كما يقول الأستاذ الكبير مصطفى الزرقا إن مجلة الأحكام العدلية فيها جوهر فقهى تشريعى نفيس خالد القيمة كالذهب لا يصدأ على الزمن مادام للعدالة ميزان ومبادئ ثابتة.

رابعا - تطوير التفكير الأصولى

احتلت نظرية الشافعى الأصولية مكاناً بارزاً فى التفكير الفقهى منذ أن قدمها الشافعى فى كتابه الرسالة. وشهدت القرون الثلاثة التالية على وفاة الشافعى جهوداً واضحة للتمكين لهذه النظرية وصياغة جوانبها بما يكفل الالتزام بها فى دوائر المذاهب الأخرى (الأحناف والمالكية والحنابلة) على الرغم من التعصب الشديد الذى زادت حدته بين أتباع هذه المذاهب. غير أن هذه السيطرة الكاملة التى نجحت نظرية الشافعى فى فرضها على المذاهب الفقهية لأهل السنة لم تمنع من ظهور عدد من التطورات التى أسهمت فى تجديد ملامح التفكير الفقهى وإقداره على الاستجابة للاحتياجات الاجتماعية. وتتمثل أهم هذه التطورات فى اشتداد العناية بالمصالح، وقبول التخير من المذاهب والاعتراف بدور أكثر وضوحاً للمصادر الثانوية التبعية كالعرف وسد الذرائع.

وفيما يلى توضيح هذه العناصر التى أثرت النظرية الأصولية وأقدرت التفكير الفقهى على التلاؤم مع الاحتياجات المتجددة للمجتمعات الإسلامية.

١ - بروز العناية بالمصالح :

لا يتحدث الشافعى عن المصالح فى رسالته على نحو مباشر،

وإنما يذكرها على نحو مجمل، فهو لا يقبل إعمال المصالح إلا فى إطار قياس كالحكم بتحريم الحشيش قياسا على الخمر فإنها حرمت لمصلحة هى حفظ العقل، فيحرم الحشيش هو الآخر تحقيقاً للمصلحة ذاتها.

ومن المتوقع لهذا ألا تفرد المصلحة بتناول خاص يبرز أهميتها في البناء الأصولى والقياس. وهذا هو المنحى الذى سارت عليه الكتب الأصولية المؤلفة قبل القرن السادس الهجرى. وهذا هو ما يتضح بالرجوع إلى كتاب المعتمد لأبى الحسن البصرى والبرهان لإمام الحرمين الجوينى والمستصفى للغزالى.

وقد استندت الاهتمامات الحديثة بالمصلحة ودورها فى التشريع الإسلامى إلى هذه الجهود السالفة. وتبتعد هذه الجهود جميعها بدور المصلحة عن الضبط الذى أراده الشافعى لنظريته الأصولية الرباعية المصادر (القرآن والسنة والاجماع والقياس) فى الوقت الذى تقترب فيه من الاجتهاد بمعناه العام أيام الصحابة وتابعيهم.

٢- التخّير من المذاهب الفقهية :

تصمت كتب الأصول المتقدمة عن التطرق إلى موضوع التخير من المذاهب الفقهية على الرغم من التفاعل الشديد بين هذه المذاهب لضرورات التجاور المكانى. غير أن أسلوب التخير قد فرض نفسه فى المؤلفات التى ظهرت بعد القرن السادس، وأطلق عليه البعض هذا العنوان الذى لا يعكس موقفا رافضاً له، على حين أطلق عليه البعض اصطلاحاً يدل على بغضه وكراهته، وهو اصطلاح التلفيق بين المذاهب.

وإنما يتفق الاعتماد على أسلوب التخير مع نمو علاقات التسامح بين المذاهب، وهو الأمر الذى بدأ التعبير عنه بقوة الإمام

الشعرانى فى كتابه «الميزان الكبرى»٠

وقد اتضحت أهمية منهج التخير فى التقنيات الحديثة المطبقة فى البلاد الإسلامية والعربية فى مجالات الأحوال الشخصية التى لا تقتصر أى منها على العمل بمذهب واحد٠ ويحدد هذا المنهج الأسلوب الأمثل للإفادة من التراث الفقهى٠

ومن الناحية التاريخية، فقد اعتمد فقهاء التابعين وتابعوهم وأئمة المذاهب وعلماء الترجيح والتخريج على أسلوب التخير من أقوال الصحابة والتابعين، وهو ما صرح به أبوحنيفة كما تقدم٠ ويورد البعض فى ذم التخير أنه يؤدى إلى الأخذ بمزيج فقهى لا يوجد فى مذهب من المذاهب٠ والواقع أن طبيعة التخير تقتضى الوصول إلى هذه النتيجة التى لا يمكن أن تعاب من هذه الزاوية إلا إذا أوجبنا التعصب والاقتداء بمذهب واحد وطرح ما عداه٠

وما يجب الالتفات إليه هنا أن التخير من الأقوال المختلفة فى المذهب الواحد أو من المذاهب قد اتخذ طريقه إلى الاعتراف به فى الفلسفة الفقهية الإسلامية، وهو أمر كان له بالغ الأثر فى التقنينات الحديثة وفى تطوير التفكير الفقهى فى الفترة المؤرخ لها٠

بروز الاعتراف بالمصادر التبعية :

تتنوع هذهالمصادر التبعية أو الثانوية تنوعاً كبيراً٠ ومن بينهما ما يسمى بالمصالح المرسلة والاستحسان والعرف وسد الذرائع وأقوال الصحابة٠ ويجب القول بأن هذه القواعد كانت محل اعتبار بالغ أول الأمر، وقبل صياغة الشافعى نظريته الأصولية٠ ولكن ظهور هذه النظرية واكتسابها القوة التى اكتسبتها كانت قد غطى على هذه المصادر حتى لا نكاد نجد لها ذكراً فى كتب الأصول المتقدمة٠

وفيما بعد القرن الخامس وجدنا نوع اهتمام بها تجلى فى

إفرادها بالتناول فى رسائل خاصة وفى تناولها ضمن مباحث كتب الأصول• ويكفى إجراء مقارنة بين كتاب فى أصول المذهب الحنفى كأصول البزدوى أو السرخسى أو ما يشبههما من الكتب المؤلفة فى القرن الخامس الهجرى أو قبله، وبين كتب الأصول المؤلفة فى القرن السابع وما بعده ككتاب تيسير التحرير ومسلم الثبوت لإدراك وجود نوع تطور فيما يتعلق بالاهتمام بالمصادر التبعية•

ويلزم بعد هذا إبداء الملاحظات التالية :

١ – أن هذا التطور الأصولى كانت له آثاره البالغة فى مجرى التفكير الفقهى، سواء فى الصياغة العملية للفتاوى والنوازل بالنظر إلى المصالح أو فى الأحكام القضائية•

٢ – أقام هذا التطور الأساس النظرى الأصولى لجوانب التجديد الفقهى فى العصر الحديث• وتجدر الإشارة إلى أن التفات محمد عبده لأهمية موافقات الشاطبى ونصحه لتلاميذه بمدارسة هذا الكتاب أمر له دلالته فيما قصدت التنبيه إليه• لقد برز اعتبار المصالح وجرى الاهتمام بمقاصد الشريعة وكثر الحديث عن المصالح المرسلة والاستحسان والعرف وصدرت اجتهادات فقهية عديدة على أساسها•

٣ – هذا الرصد للتطور الأصولى ليس إلا افتراضا يفتقر إلى التوثيق والاستدلال عليه وإدراك أبعاده الحقيقية•

٤ – يدل هذا التطور على أن التفكير الفقهى لم يركن إلى الجمود والدعة والاستسلام لما انتهت إليه الأجيال السابقة، بل أفرز مبادئ وأسسا جديدة كان لها تأثيرها فى صياغة التفكير الفقهى الحديث•

إجمال

من تتبع عمل الفقهاء فى التنظير ووزن آراء المذاهب والتخير من

بينها وأحكام القضاة والمفتين وجهود الدولة العثمانية فى التقنين والتطبيق الشرعى وظهور نظام للسوابق القضائية وتطوير التفكير الأصولى، فإنه لابد أن نستنتج أمرين على قدر كبير من الأهمية فى تصورنا لتاريخ التفكير الفقهى.

أولهما أن التفكير الفقهى فيما قبل العصر الحديث لم يكن قد توقف عن الاستجابة للمصالح الاجتماعية فى إطار الإلتزام بالنصوص والقواعد الشرعية. وقد سبقت الإشارة إلى أن التفكير الفقهى والتطبيقات القانونية فى البلاد الإسلامية كانت أكثر تقدما ورقيا من النظم الأخرى التى كانت سائدة فى البلاد الأوربية حتى أواخر القرن الثامن عشر. وسيتاح لنا التعرف على تأثير التفكير الفقهى الإسلامى على التفكير القانونى الغربى فى هذه الفترة، وذلك فى الفصل التالى.

والثانى أن حكاية إغلاق باب الاجتهاد حكاية غير صحيحة، سواء على المستوى النظرى أو الواقعى. وقد رأينا من الوجهة العملية كيف تعاون القضاة والمفتون والفقهاء على تقديم إضافات أساسية موضوعية وإجرائية، على نحو جعل الفارق كبيراً بين التطبيق القضائى فى القرن الثانى الهجرى ونظيره فى القرن الثانى عشر أو الثالث عشر. ومن الواضح أن توالى صدور التقنينات فى القرن الرابع عشر الميلادى أو التاسع الهجرى دليل على اتجاه التفكير التشريعى إلى إضفاء الوحدة والتناسق والكفاءة على العمل القضائى، وهو الأمر الذى تحقق للدولة الإسلامية فى عهد العثمانيين.

وانطباعنا الآن أن حركة النقد العنيفة التى وجهت إلى الخلفاء العثمانيين وإلى الدولة العثمانية منذ أوائل هذا القرن كانت سببا فى الانتقاص من دورهم فى تطوير التفكير الفقهى والتشريعى، كما أنها كانت سببا كذلك فى التسرع فى الحكم على الفقه الإسلامى بالجمود وبطء الحركة بل والانحطاط فى تعبير بعض الأذكياء من

مؤرخى التشريع الإسلامى المحدثين. وما رجوته أن يكون هذا الذى قدمته عاملا مساعدا فى لفت الأنظار إلى جهود الفقهاء المسلمين فى هذه الفترة المظلومة.

لقد توقف الاجتهاد فى الفقه الإسلامى ولحقه الضعف والهزال بعد الحكم باستبعاده من التطبيق العملى فى ظروف الانتصار العسكرى الذى تحقق للقوى الغربية فى البلاد الإسلامية. وسيظل الاجتهاد المطلوب بعيد المنال طالما بقى الفقه مستبعداً من التطبيق. ويجب القول بأن الاجتهاد لا يجرى فى عقول المجتهدين وإنما الواقع هو ميدانه.

***

الفصل السادس
الفقه الإسلامي والنظم القانونية المطبقة في العالم الإسلامي

تقديم :

لا يكفي لدارس تاريخ التشريع الإسلامى أن يلم بمراحل التطور الفقهى فى الماضى ، وإنما عليه إلى جانب ذلك أن يتأمل مآل إليه وضع هذا التشريع وتطبيقاته الحاضرة فى العالم الإسلامى ، حتى يستطيع هذا الدارس أن يفهم ما حوله وأن يحدد الدور المطلوب منه فى بناء النهضة التشريعية التى يتأهب العالم العربى والإسلامى لصياغة أبعادها وجمع الجهود حولها ، وذلك لأن المستقبل ليس سوى امتداد للحاضر

وتدور الجهود التشريعية فى حاضر العالم الإسلامى حول قطبين متناقضين فى ظروف التكوين والمصادر والمنطق الفنى . أولهما هذه القوانين المستمدة من أصول أوربية فرضتها القوى الغربية فى الأعوام المائة الأخيرة ، وأصبحت هذه القوانين تشكل واقعنا التشريعى بمؤسساته التعليمية والقانونية والقضائية والتنفيذية ، ولا يستطيع أحد أن يتجاهل وجودها الكثيف حوله . وإنما تطبق هذه القوانين فى أكثر بلاد العالم الإسلامى فى المجالات الجنائية والمدنية والدستورية والإدارية وفى قوانين الإجراءات والإثبات والتجارة . والثانى : هذه القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية ومن اجتهادات الفقهاء المسلمين بمذاهبهم المتعددة . وإنما تطبق هذه القوانين بشكل أساسى فى مجال

الأسرة .

وإذ تدور هذه الجهود حول هذين القطبين المتنافرين من هذه الأوجه فإنه لا سبيل إلى استمرار هذا التنافر وهذه الازدواجيه .. إلى الأبد . ولذا ينمو هذا الاتجاه الداعى الى القضاء على هذه الازدواجية بضرورة الإفادة من الثقافتين الفقهية الشرعية والقانونية للخروج بثقافة تشريعية موحدة .

وتتغيا هذه الثقافة التشريعية الموحدة الاستجابة للمصالح الاجتماعية دون خروج على ما توجبه النصوص الشرعية وما أجمع عليه علماء الأمة فى مسيرتهم التاريخية العبقة ، وإنما يتم تحقق ذلك بالإفادة من كل من ثمرات التفكير القانونى الحديث فى التنظير والتقعيد ومما جادت به قرائح الفقهاء المسلمين من صياغات فنية تدعم الخلق وتؤكد الضمير . ولا شك فى أن الوصول إلى هذا الهدف يتطلب إيمان المخلصين من أبناء هذه الأمة بوجوب التعاون بين المشتغلين بالثقافة الفقهية الشرعية والثقافة القانونية ، حتى يمكن الجمع بين الأصالة والمعاصرة . ويبدو لى ولكثير من الباحثين أن هذا التعاون على صياغة ثقافة قانونية موحدة هو واجب هذا الجيل الحاضر والأجيال التالية له .

وإذا وضعنا هذا كله فى الاعتبار فإن هذا الفصل سينقسم إلى المباحث التالية:

المبحث الأول : الاستمداد من القوانين الغربية والظروف التاريخية لصياغة القوانين الحالية .

المبحث الثانى : التطبيق الشرعى فى البلاد الإسلامية فيما سوى مجال الأسرة

المبحث الثالث : مناهج التطبيق الشرعى فى البلاد الإسلامية فى مجال الأسرة .

المبحث الأول
الاستمداد من القوانين الغربية

١- الظروف التاريخية :

نجح الفقه الإسلامى على مر العصور فى الاستجابة للاحتياجات المتغيرة للمجتمعات الإسلامية فى علاقاتها الداخلية والخارجية بفضل هذه الحيوية التى كفلتها له مرونة مصادره وتنوعها وبفضل هذه الجدية التى اتسم بها عمل الفقهاء والقضاة . ويكفى الالتفات إلى جهود المفتين فى النوازل التى وقعت لهم وأجابوا عنها فيما هو مدون فى كتب النوازل وواقعات المفتين لمعرفة هذا النجاح . وقد تصدى القضاة لملاحقة الواقع والحكم فى المشكلات الاجتماعية على نحو كان له أثره فى تجديد روافد التفكير الفقهى والاستجابة للمصالح رغم جمود أتباع المذاهب على تقليد أئمتهم والمدون فى المؤلفات الأساسية لهذه المذاهب .

غير أن الغرب قد بدأ بنهاية العصور الوسطى فى شن غاراته العسكرية والثقافية على المجتمعات الإسلامية ، وبيت النية على تقويض النظام التشريعى والسياسى للبلاد الإسلامية لربط هذه المجتمعات بالنظم الغربية السياسية والثقافية والتشريعية . وتم للقوى الغربية النجاح فى أكثر هذا الذى أرادته لضعف القوى السياسية والعسكرية التى تصدت للغارة الغربية . ولم تنجح البلاد الإسلامية إلى الآن فى إبراز القوى الاجتماعية المنظمة القادرة على تحقيق النصر فى هذه المعركة الممتددة . وكان أن فرض الغرب قوانينه فى البلاد الإسلامية التى احتلها ، واختلف الناس فى موقفهم منها ، فرأى فيها البعض أسلوبا لتحقيق المعاصرة وتبنى المناهج القانونية الغربية التى أثبتت كفاءتها فى دعم النهوض والتقدم، على حين رأى فيها بعض آخر تكريسا للهيمنة

الغربية ونسياناً للأصالة التشريعية للأمة وإلغاء للذات وتعارضا مع ما يوجبه الشرع من وجوب الاحتكام لما أنزل الله عز وجل من تشريعات وأحكام . ويؤكد هذا البعض اتجاهه بأن الغرب لم يفرض قوانينه ولم يأت فى بلادنا ليرعى مصالحنا ويحقق نهضتنا أو لدفع مشروعنا الحضارى إلى اختيار الصيغة المناسبة لنا فى ظروف العصر الحديث ، وإنما جاء لرعاية مصالحه وفرض قوانينه لتعطيل هذه النهضة وتأجيل بناء هذا المشروع . وقد أسفر هذا الصراع عن العمل فى اتجاهين مختلفين ،

الأول : إعادة صياغة القوانين الغربية بما يقربها من الفلسفة الفقهية ، كما حدث فى مصر عام ١٩٤٨ حين أتى القانون المدنى الجديد متضمنا العديد من الأحكام المستمدة على نحو مباشر من الفقه الإسلامى ، ليحل محل القانون المدنى المصرى القديم الذى لم يتضمن مثل هذه الأحكام .

والثانى : دراسة الفقه الإسلامى دراسة مقارنة بالقانون للكشف عمافيه من نظريات وقواعد مع مقارنتها بمثيلاتها فى التفكير القانونى . ولا يخفى أن دراسة الفقه الإسلامى على هذا النحو المقارن ذات فائدة فى تيسير تطبيق أحكامه وفى التخفيف من حدة الصراع بين الفئات المتنازعة .

والأمر بايجاز أن القوى الغربية فرضت قوانينها فى العالم الإسلامى فى ظاهرة لعلها لم تتكرر فى التاريخ الإنسانى . وهناك سببان لهذه الظاهرة :

الأول : إغلاق باب الاجتهاد و الالتزام بمتابعة أرباب المذاهب لأئمتهم ، وتوقف العلماء عندما هو مدون فى بطون الكتب الفقهية من المختصرات والحواشى والشروح . يكشف عن أن هذا السبب كان وراء الاستمداد من القوانين الغربية مايرويه رشيد رضا فى تاريخ

الأستاذ الإمام محمد عبده أن الخديوى إسماعيل قد طلب من العلماء فى عصره أن يؤلفوا كتابا فى الحقوق والعقوبات ، موافقا لحال العصر، سهل العبارة مرتب المسائل على نحو ترتيب كتب القوانين الأوربية فرفضوا . وقد طلب الخديوى إسماعيل من رفاعة رافع الطهطاوى أن يعمل على إقناع العلماء بوضع مثل هذا الكتاب ، وقال له : إنك منهم ، ونشأت معهم فأنت أقدر على إقناعهم ، فأخبرهم أن أوربا تضطرنى إذا هم لم يجيبوا إلى الحكم بشريعة نابليون. وقد رفض رفاعه هذا الطلب معللا ذلك بما يدل على سطوة التقليد فى هذه الفترة ، فقال للخديوى : « إننى يامولاى قد شخت ولم يطعن أحد فى دينى فلا تعرضنى لتفكير مشايخ الأزهر إياى فى آخر حياتى ، وأقلنى من هذا الأمر ، فأقاله» وبهذا فإن علماء هذا العصر قد تشبثوا بطريقة التأليف التى درجوا عليها من متون وشروح وحواشه ، رافضين مجرد الخروج على هذه الطريقة ، حتى ولو وصل الأمر إلى استبدال القوانين الغربية بالفقه الإسلامى وإحلالها محله .

والسبب الثانى النفوذ الغربى والهزائم العسكرية المتتابعة التى لحقت بالعالم الإسلامى . وتتضح مسئولية النفوذ الغربى عن التطورات التشريعية التى جرت فى العالم الإسلامى من مجرد ملاحظة تواريخ الانتصارات السياسية الغربية فى البلاد الإسلامية وتبنى هذه البلاد للقوانين الغربية على النحو الذى يظهر فى التحليل التالى .

٢- فى الهند :

بدات القوى الغربية التعامل مع الفقه الإسلامى وصاغت خططها لإحلال قوانينها محله فى شبه القارة الهندية . وكانت الدولة المغولية تطبق أحكام المذهب الحنفى والرأى الراجح فى هذا المذهب عندما تسللت شركة الهند الشرقية إلى شبه القارة متسترة خلف أهدافها التجارية فى أواخر القرن السادس عشر . وقد استمرت الشركة فى تطبيق أحكام المذهب الحنفى دون تغيير يذكر حتى عام ١٧٧٢

سوى إسناد القضاء إلى القضاة الإنجليزالذين عينتهم ، وكان إلى جوارهم المفتون الذين يعاونون هؤلاء القضاة فى تعيين الحكم المقضى به من كتب المذهب الحنفى .

غير أن سياسة التدخل فى النظام التشريعى على نحو متدرج قد بدأت عام ١٧٧٢ م ، فقام وارين هستنجزWarren Hastings المستشار العام للشركة بتقديم عدة توجيهات تعلقت بترتيب المحاكم وتطبيق القانون الانجليزى فى المناطق المملوكة للشركة الشرقية Residencies مع استمرار العمل فى المناطق التى يسكنها الهنود والمسلمون بأحكام الفقه الحنفى والأعراف المحلية . وفيما بعد قدم هستنجز عددا من المقترحات التى تعلقت بالغاء التفرقة بين القتل العمد وشبه العمد واعتبارهما من قبيل العمد Murder مع إبطال حق أولياء الدم فى العفو عن القاتل وعدم القصاص منه إن تعمد إحداث القتل وإعطاء حق العفو عن القصاص من القاتل المتعمد للدولة . ومن المقترحات التى قدمها هستنجز عـدم الوقوف بالدية عند حـدها المعين شرعا فى الأحوال المختلفة ، ووجوب تحديدها فى القتل الخطأ Manslaughter بالنظر إلى الحالة المادية للقاتل وطبيعة خطئه . لكن لم يجر تنفيذ هذه المقترحات إلابعد تولى اللورد كورنويل Cornwallis منصب المستشارية عام١٧٩٠م. ولا شك فى أن إلغاء حق الورثة فى العفو ورفع هذا الحق إلى رئيس الدولة أو حاكم الاقليم أمر لا يتفق مع ماجاء فى القرآن من إثبات حق العفو لأولياء الدم . ومن جهة أخرى فإن اختلاف مقادير الدية الواجبة فى القتل الخطأ بالنظر إلى الحالة المادية للجانى أمر يخالف مارآه علماء المسلمين وأجمع عليه فقهاؤهم .

وقد فتحت هذه التغييرات الباب على مصراعيه لتغييرات أخرى تدريجية ؛ ففى عام ١٧٩١ ألغت الحكومة الإنجليزية عقوبة الحرابة التى جاءت فى القرآن الكريم فى قوله تعالى (إنما جزاء الذين

يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض) . واستبدلت بهذه العقوبات عقوبة السجن مع الأشغال الشاقة والغرامة . وفى ١٧ من أبريل ١٧٩٢م أوجب الحاكم العام الإنجليزى قبول شهادة غير المسلم على المسلم خلافا لما استقرت عليه المذاهب الفقهية الأربعة فى أن الشهادة من باب الولاية ولاولاية لغير المسلم على المسلم ، ولا تجيز هذه المذاهب الحكم على المسلم بشهادة غير المسلم إلا على الوصية فى السفر شريطة ألا يوجد شاهد مسلم يقوم بواجب الشهادة . وإذا كانت المصلحة الاجتماعية قد سوغت هذا التغيير فى رأى البعض فإن هناك عددا من التغييرات التى يصعب تقدير المصلحة الداعية إليها . من ذلك أن الحكومة الإنجليزية فى الهند قد سنت عام ١٧٩٧ قانونا يقضى بحق المحكمة فى الحكم بالسجن فى الأحوال التى يوجب فيها الفقه الإسلامى الدية، ويشبهه كذلك القانون الصادر عام ١٧٩٩م والذى يقضى بالحكم بالقصاص على الوالد أو الجد لو تعلق القتل بالولد أو الحفيد. ويخالف هذا القانون ماجاء فى السنة من قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يقاد من والد بولده » ، كما يخالف الإجماع المنعقد فى ذلك .

ولم يأت عام ١٨١٧م حتى سنت الحكومة البريطانية قانونا يقضى بفرض عقوبة الزنا ، وهى السجن مع الأشغال الشاقة إلى سبع سنوات أو الجلد إلى ثلاثين جلدة . ويختلف ذلك مع ماسار عليه الإجماع الفقهى من التفريق بين الزانى المحصن والزانى غير المحص ، وعقوبة الأول بالرجم والثانى بالجلد مائة جلدة، وقد تضمن قانون ١٨١٧م النص على أن هذه العقوبة خاصة بمن يرتكب جريمة الزنا من بين المسلمين ، أما المرأة غير المسلمة فلا تعاقب على الزنا ولا يحق رفع الدعوى عليها بارتكاب فعل الزنا إلا من قبل الزوج وحده .

ويبدو أن إدخال هذه التعديلات فى جسم التشريع الإسلامى قد

أدى إلى تهيئة المناخ للدخول فى مرحلة التغيير الشامل وفرض قوانين كاملة فى مجالات معينة . وهذه هى المرحلة التى بدأت بعد منتصف القرن التاسع عشر . وفى هذه المرحلة أصدرت انجلترا قوانين العقود والأوراق التجارية والإجراءات الجنائية والقانون الجنائى الهندى . وقد صدرت هذه القوانين عام ١٨٦١م . وعلى الرغم من محاولة تصوير هذه القوانين بأنها تنظيمات لا تتناقص مع الأصول الشرعية ، وأنها مستمدة من مذاهب المجتهدين فيها طبقا لما عبر عنه Sir George Cambe فمن الواضح أن المصادر الفقهية قد انقطعت صلة القضاة ورجال القانون بها ، ولم يعد يشترط فى شاغلى هذه الوظائف الإلمام بعلوم الفقه الإسلامى وأصوله ممايؤذن بانتهاء عصر وبداية عصر آخر .

وقد ترتب على هذا التطور مايلى :

١- ازدياد الاهتمام بمؤسسة الفتوى بعد ازدياد أعبائها ، فتأسست عام ١٨٦٩ دار للافتاء فى ديوبند وأصبحت هذه المؤسسة هى الملجأ الباقى للناس فى تطبيق بعض أمور دينهم بعد ابتعاد مؤسسة القضاء عن وظيفتها التى قامت بها فى الماضى .

٢- ربط هذه القوانين فى تفسيرها وتطبيقها بالتراث القانونى الانجليزى . وولى المشتغلون بالعمل القانونى وجوههم شطر مفاهيم هذا القانون ، وذلك كمفهوم السوابق القضائية Precedents والزام المحاكم الدنيا بقرارات المحاكم العليا.

٣- أدى إسناد تطبيق الأحكام الشرعية فى مجال الأحوال الشخصية للقضاة المتشبعين بالثقافة القانونية الإنجليزية إلى تطورات كثيرة . من ذلك ما أصدره قضاة المجلس السامى Privy Coumcil عام ١٨٩٤ من إبطال الوقف الأهلى واعتباره مجرد هبة لمن لم يولد بعد ، وهذا النوع من الهبة غير جائز فى الفقه الإسلامى ، ولذا يجب إبطال هذا النوع من الوقف . لكن إبطال الوقف الأهلى على هذا

النحو خلق حالة من الإحباط بين الناس فصدر قانون تصحيح الوقف الإسلامى عام ١٩١٣ وعاد الاعتراف بصحة الوقف الأهلى مرة أخرى

أما فى مجال الأحوال الشخصية فقد استمر العمل بأحكام المذهب الحنفى. لكن الحكومة البريطانية قد رغبت فى تغيير قوانين الأسرة لفرض نظام قانونى يتفق مع المفاهيم الغربية فى الزواج والطلاق . غير أن العلماء استطاعوا تجميع الجهود الشعبية لمقاومة هذا الاتجاه ، حتى كادت تحدث ثورة ضخمة ضد الحكم البريطانى ، فكفت الحكومة عن السعى لتحقيق هذا الهدف . وسعت بدلا من ذلك إلى اتباع الأسلوب الجزئى فى التغيير عن طريق إصدار قوانين جزئية فى موضوعات محددة . من ذلك قانون المنع من زواج الصغار الصادر عام ١٩٢٩م والقانون الخاص بالتفريق بين الأزواج المسلمين الصادر عام ١٩٣٧ الذى يعطى الزوجة الحق فى التفريق برفع الأمر إلى القاضى لأسباب تقترب من الأسباب التى أخذت بها القوانين المصرية الصادرة عام ١٩٢٠ ، ١٩٢٩

٣- فى البلاد العربية :

دخلت انجلترا مصر عام ١٨٨٢ بعد انتصارها على الجيش المصرى بقيادة أحمد عرابى ، وكانت خطتها فى التعامل مع الأوضاع القانونية المطبقة فى البلاد الإسلامية قد تبلورت هناك فى الهند فأمرت على الفور بتشكيل اللجان لوضع مشروعات القوانين التى وضعت موضع التطبيق فى مصر ابتداء من عام ١٩٨٣ . وصدرت بالفعل لائحة ترتيب المحاكم الأهلية فى ١٤ يونيو ١٩٨٣ ، فنشأت المحاكم الابتدائية والجزئية ومحاكم الاستئناف بموجب هذه اللائحة ، كما صدر القانون المدنى فى ٢٢ من سبتمبر من العام نفسه ، وعلقت المادة الأولى منه وجوب العمل بأحكامه فى كل جهة على مضى ثلاثين يوما من تاريخ افتتاح المحكمة الابتدائية الكائنة تلك الجهة فى إداراتها . ويدل هذا على انقطاع الصلة بين هذا القانون الجديد وبين النظام

القضائى القائم .

وإنما قام بوضع هذا القانون المدنى أحد المحامين الإيطاليين الذى كان يعمل قاضيا فى محكمة الاسكندرية المختلطة مع مشاركة من المرحوم محمد قدرى باشا، وتم وضع القانون باللغة الفرنسية أولا ثم ترجم إلى اللغة العربية بعد ذلك مما يقطع بأصل نشأته الغربية . ويكاد يكون هذا القانون منقولا من القانون المدنى المختلط .

ومهما قيل فى بعض المزايا التى حققها هذا القانون من كونه تقنينا حديثا ارتبط بالترتيب الحديث للنظام القضائى ولدرجات المحاكم فإن عيوبه كثيرة . وأول هذه العيوب أنه محض تقليد للقانون الفرنسى الصادر فى أوائل القرن التاسع عشر، وهو بهذا يتجاهل الأعراف المحلية التى تكونت بفضل تطبيق الشريعة الأسلامية فى البلاد على مر العصور . ويتجاهل هذا القانون النظريات الفقهية الراقية التى عبر عنها الفقهاء المسلمون كنظرية التعسف فى استعمال الحق وكنظرية الحوالة مطبقا بدلا من ذلك المفاهيم القانونية الفرنسية التى لم تكن قدوصلت بعد إلى هذا المستوى ، ولذا نجد فيه مفهوم الاستبدال (المادة ١٨٦ وما بعدها) بدلا من الحوالة . و من جهة أخرى فإن القانون مترجم عن الصياغة الفرنسية ولذا نجد فيه بعض عيوب الصياغة كالغموض وعدم الدقة وعدم وضوح المصطلحات مما يجدر أن يكون محل دراسة مستقلة .

ويجمل المرحوم عد الرزاق السنهورى عيوب هذا القانون المدنى الصادر عام ١٩٨٣ بأنه «فيه نقص ثم فيه فضول ، وهو غامض حيث يجب البيان ، مقتضب حيث يجب الإفاضة ، ثم هو يسترسل فى التافه من الأمر فيعنى به عناية لا تتفق مع أهميته المحدودة ، يقلد التقنين الفرنسى تقليدا أعمى فينقل كثيرا من عيوبه ، وهو بعد متناقض فى نواح مختلفة ، ويضم إلى التناقض أخطاء معيبة »

وقد صدر القانون التجارى المصرى فى ١٣ من نوفمبر ١٨٨٣م أى بعد أقل من شهرين من صدور القانون المدنى ، وقضت مادته الأولى بتعليق وجوب العمل به فى كل جهة من جهات القطر المصرى على مضى ثلاثين يوما من تاريخ افتتاح المحكمة الابتدائية الكائنة تلك الجهة بإدارتها ويشمل هذا القانون الذى جاء فى أربعمائة وتسع عشرة مادة عددا من الموضوعات التى درج الفقهاء على تناولها بالمصطلحات الفقهية ذاتها فى بعض الأحيان وبمصطلحات غربية غير مألوفة فى أحيان أخرى ؛إذ يتناول موضوع الشركات والتفليس والسمسرة والوكالة بالعمولة (الأجرة فى الاصطلاح الفقهى) والأوراق التجارية التى تشمل الكمبيالة (السفتجة فى الاصطلاح الفقهى) والسند الإذنى (الصكوك ورقاع الصيارفة فى الاصطلاح الفقهى) .

وقد صدر فى العام نفسه بمنهج النقل من القوانين الغربية كل من قانون التجارة البحرى وقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون تحقيق الجنايات وقانون العقوبات . وتشترك هذه القوانين جميعها فى تجاهلها للظروف المحلية وفى غموض الصياغة الناشىء عن ترجمتها من الأصول الغربية وفى بعدها عن التراث الفقهى . وإنما ترجع هذه العيوب إلى المنهج الذى قامت عليه والذى يتمثل فى الاستمداد من الأصول الغربية وفرض الاحتلال العسكرى لها .

أما إذا كان لنا أن نشير إلى شىء من النجاح الذى حققته هذه القوانين فلا شك فى أنها كانت أيسر فى الرجوع إليها بالنسبة للمشتغلين بالعمل القانونى الذين لم يتلقوا تدريبا فى الفقه الإسلامى، كما أنها ركزت على الجانب العملى القانونى . ووحدت العمل القضائى . وساعد هذا على تقديم بعض الحلول لمشكلات التقاضى التى كانت محلا للشكوى قبل صدور هذه القوانين . وقد كان بالوسع تحقيق هذه الأوجه الإصلاحية بمنهج آخر غير منهج

الاستمداد من القوانين الغربية ، غير أن ظروف الاحتلال وتمسك الفقهاء بأساليب التأليف التقليدية كانت السبب فى فرض هذه الحلول العرجاء .

ولم تقف السلطات البريطانية عند هذا الحد ، وإنما سعت إلى ربط نظام التقاضى فى مصر بالنظام السائد فى بريطانيا . يشهد على ذلك المستشار محمد شريف بقوله : كان هدف الاحتلال جعل التقاضى خاضعا للنظام القضائى فى بلادهم . وقد قال المستشار برينوت الإنجليزى : إن الاستئناف فى القضايا الهامة يجب أن يرفع إلى المحاكم البريطانية فى انجلترا . ولأجل أن يصلوا إلى هذا الغرض جعلوا تعليم القانون باللغة الإنجليزية فى مدرسة الحقوق بالقاهرة ، وجعلوا امتحان طلبة السنة النهائية فيها بمعرفة النائب العام الانجليزى كوريت بك.

وقد فرضت انجلترا فى السودان عقب احتلالها له قانونا جنائيا مستمدا من نظيره الهندى ، وإن تميز عنه بالاحتفاظ بنظام الدية الإسلامى، فى محاولة لإضفاء نوع من التلاؤم مع الظروف المحلية الخاصة . أما فى نطاق القانون المدنى فلم يصدر المشرع السودانى قانونا للالتزامات والحقوق الشخصية والعينية ، لكن جاء النص فى قانون القضاء المدنى الصادر عام ١٩٠٠ على أنه إذا لم يرد نص فى قانون القضاء المدنى أو فى أى قانون آخر سارى المفعول فإن على المحاكم أن تطبق فى النزاع المعروض أمامها ما يحقق العدل والإنصاف والضمير السليم ، وهو ما أدى إلى أن يقوم القضاة البريطانيون والسودانيون المدربون على أحكام القانون الإنجليزى وسوابقه بتطبيق هذه الأحكام وتلك السوابق التى يعرفونها ويرون أنها الأكثر ملاءمة للتطبيق فى القضايا المعروضة أمامهم ، وأخذت تتغلغل عن هذا الطريق روح القانون الإنجليزى فى القضايا المدنية .

وفى عام ١٩٠٢ صدر قانون المحاكم الشرعية السودانية ليحصر

اختصاص هذه المحاكم فى مسائل الأحوال الشخصية وحدها ، حيث جاء النص فى المادة السادسة منه على أن المحاكم الشرعية تختص بالحكم فى مسائل الزواج والطلاق والأوصياء على القصر والوقف والهبة والمواريث والوصية إذا كان النزاع بين أطراف يدينون بالدين الإسلامى . وللمحكمة الشرعية بمقتضى هذه المادة ذاتها أن تنظر فى أية مسألة أخرى سوى ما ذكر بشرط أن يقدم جميع الأخصام سواء كانوا مسلمين أم لم يكونوا كذلك طلبا رسمياً موقعا منهم يطلبون فيه من المحاكم الشرعية النظر فى مسألتهم متعهدين فى هذا الطلب بقبول أحكام الشريعة الإسلامية .

ومن جهة أخرى فقد نصت المادة الثامنة من قانون المحاكم الشرعية السودانية الصادر عام ١٩٠٢ على أن لقاضى القضاة أن يسن ـ على حسب الأحوال بمصادقة الحاكم مع مطابقة هذا القانون ـ القواعد التى تجرى عليها المحاكم الشرعية فى أحكامها ونظامها وتشكيلها واختصاصها وكل عمل يتعلق بها ، وفتحت هذه المادة المجال لإصدار قاضى القضاة العديد من المنشورات الشرعية التى تضمنت الأحكام الواجبة التطبيق. وفى عام ١٩١٥ صدرت لائحة ترتيب وتنظيم المحاكم الشرعية التى جاء فى مادتها رقم ٥٣ وجوب العمل بالرأى الراجح من مذهب أبى حنيفة فى جميع المحاكم الشرعية إلا فى المسائل التى يصدر فيها قاضى القضاة منشورات أو مذكرات قضائية فإن العمل يكون بهذه المنشورات أو المذكرات .

وبهذا اكتملت جوانب ازدواجية العمل القضائى والتشريعى فى السودان أسوة بما حدث فى مصر ، حيث وجد نوعان من المحاكم تلتزم أولاهما بالعمل بأحكام الشريعة الإسلامية ، وهى المحاكم الشرعية ، ومجالها ما يطلق عليه الأحوال الشخصية بنوع توسع ، أما الأخرى فهى المحاكم المدنية التى تعمل على تكريس مفاهيم القانون الإنجليزى . وإنما نشأت هذه الازدواجية بفضل تعمد الإصلاح

التشريعى بمنهج الاستمداد من القوانين الغربية .

ويتفق التغيير القانونى الذى أحدثته فرنسا فى الجزائر مع التطورات التى حدثت فى الهند إلى حد كبير ؛ فقد فرضت فرنسا منذ استقرار الأوضاع لها هناك عام ١٨٥٠ قوانينها التى تطبق فى البلاد الفرنسية ذاتها ، وذلك فى المجالات المدنية والجنائية ، وانحصرت الأحكام الشرعية المعمول بها فى الجزائر فى مجال الأحوال الشخصية وحدها . ولم يحدث تغيير من أى نوع للقانون الشرعى المعمول به فى تونس حتى عام ١٨٨١م والمغرب حتى عام ١٩١٢م حين بسطت فرنسا حمايتها عليهما فى هذين التاريخين، حيث اقتصر اختصاص المحاكم الشرعية التقليدية بدءا من ذلك على مجالات الأحوال الشخصية، على حين أسندت القضايا المدنية والجنائية إلى محاكم القواد والوزراء فى تونس وإلى محاكم القواد والباشوات فى مراكش. ومع ذلك فقد ظلت هذه المحاكم على العمل بالأحكام الشرعية ، نظرا إلى أن صيغة الحماية التى بسطتها فرنسا على هذين البلدين لم تكن تسمح لها بالتدخل التشريعى. وقد استمر هذا الوضع نفسه فى نيجيريا الشمالية منذ أن فرضته انجلترا حمايتها عليها فى عام ١٩٠٠. ولهذا فقد تأخر الاستمداد من القوانين الغربية فى هذه البلاد حتى وقت متأخر ، وصدرت فيها قوانين شرعية قبل فرض الحماية عليها ، مثل قانون الالتزامات والتعاقدات التونسى الذى صدر عام ١٩٠٦ معتمدا على المصادر الفقهية الشرعية، وكان قد وضع مشروعه المستشرق الإيطالى D. Santillana . وضمنه كثيرا من أحكام المذهب المالكى مع الأخذ ببعض أحكام المذاهب الأخرى فيما أشار إليه فى كتابه الذى نشره بعد ذلك عام ١٩٢٦ عن القانون الإسلامى المالكى مقارنا بالمذهب الشافعى. وكان الهدف من إصدار هذا التشريع هو تحقيق الإصلاح القانونى بمناهج الفقه الإسلامى. وأعتقد أن هذا القانون لم يظفر بالعناية الواجبة من قبل الدارسين لتاريخ الفقه

الإسلامى على الرغم من أنه هو و مجلة الأحكام العدلية يمثلان منهج الإصلاح التشريعى المستند إلى المنهج الفقهى .

وقد بقيت المملكة العربية السعودية واليمن وإمارات الخليج على الاحتفاظ بنظامها القضائى القائم على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية واستمر الإصلاح التشريعى فى هذه البلاد مستندا إلى المنهج الفقهى . ولم تعرف دولة الإمارات العربية قانونا يرجع إليه حكامه وقضاته طبقا لما ذكره الزميل الدكتور خليفة بابكر سوى الشريعة الإسلامية فى الفترة التى سبقت التقنين الحديث ، والذى كانت بداياته فى القانون الجنائى بصدور قانون عقوبات أبو ظبى لسنة ١٩٧٠ وقانون عقوبات دبى لسنة ١٩٧٠ ثم من بعد ذلك مجموعة قوانين أم القوين ورأس الخيمة فى سنة ١٩٧١ .

أما بلاد الشام والعراق فقد طبقت فيهما الخلافة العثمانية أحكام المجلة العدلية فى مجال المعاملات المدنية ونظام التقاضى والإثبات بدءا من عام ١٨٨٧ . وتعد هذه المجلة أهم تقنين لأحكام الفقه الإسلامى فى هذا المجال فى العصر الحديث ٠وقد جرت المجلة على النسق القانونى فى الترتيب والتبويب حتى يسهل على المشتغلين بالعمل القانونى الرجوع لأحكامها ، مع احتفاظها فى الوقت نفسه بأحكام المذهب الحنفى . وقد ساعدت هذه المجلة على تحقيق نهضة فقهية كبيرة تمثلت فى كثرة شروحها واتساع مجال تطبيقها بحيث شملت العراق والأردن وفلسطين وسوريا ولبنان بالإضافة إلى قبرص وتركيا ، ولم ينته العمل بها فى الأردن إلا عام ١٩٧٦ ، وهو العام الذى صدر فيه القانون المدنى الأردنى . وأفادت هذه المجلة فى أمر آخر له أهميته وهو استمرار العمل بأحكام الفقه الإسلامى فى هذه البلاد فترة طويلة ، حيث لم تستطع حكومات الاحتلال الانجليزى أو الفرنسى التى طرأت على هذه البلاد فى أعقاب هزيمة الدولة العثمانية فى الحرب العالمية الأولى أن تفرض قوانينها المستمدة من الأصول

الغربية على النحو الذى حدث فى بلاد عربية أخرى . وقد استمر العمل فى هذه البلاد كذلك بأحكام القانون الجنائى الذى أصدرته دولة الخلافة العثمانية عام ١٨٥٨ ، وبأحكام القانون التجارى الذى صدر عام ١٨٥٠ . وعلى الرغم من تأثر هذين القانونين ببعض الأحكام القانونية الغربية فانهما لم ينفصلا عن الأصول التشريعية الإسلامية .

٤- فى البلاد الإسلامية الأخرى :

خضعت نيجريا للحماية الإنجليزية عام ١٩٠٠م على نحو لا يسمح للسلطات البريطانية بالتدخل المباشر لتغيير النظام القانونى والقضائى القائم . ولذا استمر الفقه المالكي هو المصدر الذى تلتزم محاكم القضاة ومحاكم المظالم الخاصة بالأمراء بتطبيق أحكامه فى القضايا المدنية أو الجنائية على السواء . غير أن السياسة البريطانية قد اشترطت على هذه المحاكم ألا تطبق العقوبات الحدية فى السرقة قطع اليد ، وفى زنا المحصن الرجم . أما عقوبة الجلد فى شرب الخمر والقذف وزنا غير المحصن فقد بقى من حق هذه المحاكم أن توقعها .

ومع ذلك فقد أمكن للسلطات البريطانية خلق الازدواجية القانونية فى الشمال النيجيرى بانشاء محاكم بريطانية تعمل بمقتضى أحكام القانون الانجليزى فى المجال الجنائى ، وخلق هذا نوعا من التوتر بين هذين النوعين من المحاكم ، حيث كان يجب التعرض فى كثير من الأحوال لتحديد المحكمة المختصة بالنظر فى القضية حتى يتسنى تحديد القانون المقضى به . وقد زال هذ التوتر بعد تبنى القانون الجنائى النيجيرى المستمد من القانون الجنائى الإنجليزى فى عمومه باستثناء بعض الأحكام القليلة المأخوذة من الفقه الإسلامى .

أما إندونيسيا فقد نقلت إليها هولندا قانونها العام والجنائى عقب احتلالها لها فى أوائل القرن التاسع عشر ، وانحصر تطبيق الأحكام الشرعية فى مجال الأحوال الشخصية منذ هذا التاريخ .

وقد كانت أحكام الشريعة الإسلامية هى المطبقة فى ماليزيا وسنغافورة والملايو كذلك ، غير أن هذه البلاد قد خضعت لذات التطورات التى انتهت بها إلى انحصار تطبيق أحكام الشريعة فى مجال الأحوال الشخصية .

إجمال :

ومن هذا كله يتضح أن العالم الإسلامى كله قد اضطر إلى إجراء تغيير بعيد المدى فى المائة سنة الأخيرة ، ولم ينج من هذا سوى بلاد الجزيرة العربية فى مجموعها ، وخصوصا تلك التى لم تقع تحت الاحتلال . ومن جهة أخرى فقد استمرت بلاد الشام والعراق فى تطبيق أحكام المجلة العدلية على الرغم من وقوعها تحت الانتداب بعد هزيمة دولة الخلافة العثمانية فى الحرب العالمية الأولى ولعل هذا راجع إلى وجود المجلة وعمق الإصلاح الذى أحدثته إلى الحد الذى لم تستطع سلطات الانتداب إجراء أى تغيير تشريعى فى هذه البلاد .

ويتسم هذا التغيير القانونى الذى حدث فى العالم الإسلامى على هذا النحو بالخصائص التالية :

١- اتساع ظاهرة الاستمداد من القوانين الغربية بوجه العموم ، ومن القانونين الفرنسى والإنجليزى ، وهما نظامان قانونيان مختلفان ، على وجه الخصوص . وإنما غلب أى من هذين القانونين فى هذا الجزء من العالم الإسلامى أو ذاك تبعا لاختيار قوة الاحتلال ذاتها .

٢- اطراد التغيير فى بلاد العالم الإسلامى التى خضعت للاحتلال وفق خطة غير معلنة أتت ثمارها فى النهاية فى تطبيق نظام قانونى مختلف عن النظام القانونى الذى جرى تطبيقه فى هذه البلاد قرونا عديدة.

٣- خلق هذه الازدواجية القانونية المتمثلة فى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى مجال الأحوال الشخصية والقوانين الغربية

الأصل فى المجالات القانونية الأخرى . وتبلغ هذه الازدواجية درجة بالغة التعقيد فى هذه الأحوال التى نشأت فيها محاكم شرعية تطبق أحكام مذهب فقهى معين فى المجال الجنائى وتنشأ معها محاكم أخرى تطبق القانون الجنائى فى المجال نفسه . وقد كان هذا هو حال التطبيق القانونى فى نيجيريا . ومن المؤكد أن هذه الازدواجية ما تزال على رأس المشكلات التى نحسها فى القضاء والقانون والتعليم القانونى .

٤- يمكن أن يكون الاستمداد من القوانين الغربية منهجا للإصلاح وحل بعض المشكلات القائمة فى إدارة العدالة فى المجتمع ، غير أنه لا يمكن أن يكون المنهج الوحيد للإصلاح . وقد رأينا بعض البلاد الإسلامية التى استطاعت تحقيق الإصلاح التشريعى بالاعتماد على أحكام الفقه الإسلامى . من ذلك المحاولة الناجحة لمجلة الأحكام العدلية ، والمحاولة الأخرى التى قامت بها تونس عام ١٩٠٦ حين أصدرت قانونها المدنى المستمد من الفقه الإسلامى .

٥- تجاهل القوانين الغربية الأصل للعادات المحلية ولأحكام الشريعة الإسلامية وما فى هذه القوانين من غموض فى كثير من الأحوال كان من العيوب التى اشتملت عليها هذه القوانين ، وهو ما أدى إلى تطويرها فيما بعد بهدف عقد صلة بينها وبين الشريعة الإسلامية .

✹ ✹ ✹

المبحث الثانى
التطبيق الشرعى فى البلاد الإسلامية

تقديم :

لعله اتضح مما سبق أن الألوان التى ترسم خارطة التطبيق القانونى فى بلاد العالم العربى والإسلامى فى غير مجال الأحوال الشخصية كانت تتسم غداة انتهاء الحرب العالمية الأولى بقدر غير قليل من التنافر والاختلاف والتمايز على النحو التالى :

١- تطبيق بعض البلاد العربية أحكام الفقه الإسلامى دون أن تعمد إلى تقنين هذه الأحكام ودونما تأثر بالتفكير القانونى الغربى من أى وجه ، وذلك كالدول التى تشملها الجزيرة العربية بوجه العموم . وتلتحق بها نيجيريا وأفغانستان .

٢- تطبيق بعض البلاد العربية الإسلامية أحكاما فقهية خالصة فى بعض المجالات بعد تقنين هذه الأحكام مع تطبيق أحكام فقهية مختلطة بأحكام أخرى غربية الأصل . وهذا ما نراه فى تركيا وبلاد الشام والعراق حيث جرى تطبيق أحكام المجلة العدلية المستمدة من المذهب الحنفى فى المجالات المدنية ونظام القضاء والإثبات على حين جرى تطبيق القانون الجنائى العثمانى الصادر عام ١٩٥٨ ، وهو قانون شرعى فى كثير من أصوله وإن استمد كذلك بعض الأحكام القانونية الغربية .

٣- تطبيق بعض البلاد العربية والإسلامية قوانين غربية الأصل مثلما كان هو الحال فى مصر والسودان والهند وإندونيسيا وسنغافورة والملايو .

وهكذا تتألف صورة التطبيق القانونى فى العالم الإسلامى فى الفترة المذكرة فى غير مجال الأحوال الشخصية من بلاد استمرت على حالها السابق دون تطوير فى نظامها القانونى أو تغيير له ، ومن بلاد

أخرى اتجهت إلى قبول نوع من التطوير لنظامها القانونى والقضائى والأخذ بقوانين غربية الأصول والمصادر والملامح .

وتتجه حركة التطور فى هذه البلاد بعد انتهاء الحرب العالمية الأولى إلى تحقيق نوع من الانسجام بين عناصر الصورة أو جعلها أقل تنافرا ؛ إذ ستلجأ المجموعة الأولى بعد فترة تردد إلى إحداث نوع من التطوير فى نظامها القانونى كما ستلجأ المجموعة الثالثة إلى إحداث نوع من التوفيق بين نظمها القانونية وبين أحكام الشريعة الإسلامية على النحو الذى عبرت عنه المحاولة المصرية فى مجال القانون المدنى، على حين نجد أن المجموعة الثانية قد سعت إلى تطوير الأوضاع القانونية السائدة فيها بقبول أكثر للمفاهيم القانونية الغربية . وهذا ما سوف يتضح فى التناول التالى :

التطور فى المملكة العربية السعودية والإمارات :

التزمت المملكة العربية السعودية منذ نشأتها بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية. وقد جاء التعبير عن هذا الالتزام فى المؤتمر الذى عقده العلماء بمكة فى ٨ من شعبان سنة ١٣٤٥هـ (فبراير ١٩٢٧) بناء على طلب الملك عبد العزيز ، حيث أكد العلماء فى هذا المؤتمر أنه لا يحكم إلا بالشرع المطهر. ومع ذلك فقد أصدر الملك عبد العزيز عددا من القوانين التى تتناول الكثير من الموضوعات التى تتطلبها الحياة العملية ودقة الإدارة والتنظيم لشئون الدولة . من ذلك قانون الجمارك الصادر فى ٣ من صفر ١٣٤٩ ويشتمل على ٢٩٥ مادة . ومن ذلك نظام مصلحة الصحة والإسعاف الذى يتكون من ١١١ مادة ونظام دائرة البلدية بمكة المكرمة ، ويتألف من ٦٢ مادة ونظام تشكيلات المحاكم الشرعية الصادر فى ٤ من صفر ١٣٤٦ ، ويتألف من ٦٣٣ مادة ، وهذا النظام منقول عن القوانين التجارية العثمانية فيما قرره مجلس الشورى ولذا أجاز هذا النظام عقد التأمين الذى أجازته القوانين العثمانية . وقد صدر كذلك نظام الأوراق التجارية

لسنة ١٣٨٣هـ فى ١٢٠ مادة كما ظهر نظام الشركات لسنة ١٣٨٥ هـ فى ٢٣٣ مادة ، كما صدرت قوانين تجارية أخرى كثيرة وكذلك صدرت أنظمة عديدة تتعلق بالبترول واستخراجه واستغلاله وتصديره للخارج

وكذلك صدرت أنظمة أخرى تتعلق بالعمل والعمال ونظام التأمينات الاجتماعية على نحو كان موضع أخذ ورد بين العلماء وإن صار الأمر إلى قبول العلماء فى السعودية لأحكام هذه النظم واعتبارها متفقة مع الأصول الشرعية العامة على الرغم من عدم ورود نصوص فقهية ببعض أحكام هذه النظم .

ويجب الالتفات إلى أن المنهج الذى سارت عليه صياغة هذه النظم يتسم بما يلى:

١- تحقيق المصالح الاجتماعية العامة اللازمة لدقة التنظيم والإدارة لشئون الدولة الحديثة .

٢- عدم المخالفة للأصول الشرعية العامة ، وإن لم ينص الفقهاء المسلمون فى كتب الفقه المألوفة على هذه الأحكام .

٣- التأثر بالقوانين العثمانية وخاصة فى مجال التجارة والاراضى ، ومعناه أن المملكة العربية السعودية قد استطاعت بهذه القوانين الحفاظ على التزامها بتطبيق أحكام الشريعة وتطوير نظامها القانون بما يحقق لها المصالح التى تتطلبها الحياة الاجتماعية الحديثة . ويمكن القول دون أدنى مبالغة بأن هذا المنهج لم يخفق فى تلبية احتياجات التطور الاجتماعى والاقتصادى الذى نراه فى المملكة الآن.

ولا يختلف الحال فى دولة الإمارات ، سواء فى الالتزام العام بالعمل على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية أو فى الاتجاه إلى تقنين عدد من الموضوعات التى استوجب التطور تقنينها .

يدل على الالتزام العام بالعمل بأحكام الشريعة الإسلامية فى دولة الإمارات ماجاء فى المادة السابعة من الدستور المؤقت للدولة من أن الإسلام هو الدين الرسمى للاتحاد والشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع فيه ولغة الاتحاد الرسمية هى اللغة العربية . وتفيد هذه العبارة أن هناك مصادر أخرى ثانوية إلى جانب الشريعة الإسلامية ؛ فقد أوضح المشرع وجوب الاستناد إلى قواعد العرف ومبادىء القانون الطبيعى والمقارن فيما لايتعارض مع مبادىء الشريعة الإسلامية التى هى المصدر الرئيسى للتشريع بنصه فى المادة الخامسه والسبعين من القانون الاتحادى رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣ على أن الواجب على المحكمة الاتحادية العليا أن تطبق أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الاتحادية والقوانين المعمول بها فى الإمارات الأعضاء فى الاتحاد المتفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، كما تطبق مالا يتعارض مع أحكام تلك الشريعة من قواعد العرف ومبادىء القانون الطبيعى والقانون المقارن . وإنما كانت هذه المصادر ثانوية لاشتراط اتفاق القوانين المستمدة منها مع القواعد العامة للشريعة الإسلامية. وبهذا يتضح أن الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع. ومن جهة أخرى فإن النص فى المادة السابعة السابقة الذكر على أن الإسلام هو الدين الرسمى للدولة يستلزم اعتبار الشريعة المصدر الرئيسى للتشريع وأن المصادر الأخرى يجب أن يتقيد الأخذ منها بعدم معارضتها للأصول الشرعية المرعية .

وقد استقر قضاء المحكمة العليا على مبدأ حاكمية الشريعة الإسلامية . وأشار إلى هذا المبدأ فى حكمه الصادر فى ١٥/ ١٢/ ٨٦، حيث جاء فى هذا الحكم أن مفاد نصوص المادة السابعة من الدستور المؤقت والمادة الخامسة والسبعين من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣ فى شأن المحكمة الاتحادية العليا والمادة الثامنة من القانون رقم ٦ فى شأن إنشاء محاكم اتحادية هو وجوب اتباع المشرع أحكام الشريعة الإسلامية

فى التشريع وضرورة التزام المحاكم هذه الشريعة عند الفصل فيما يعرض عليها من منازعات وأن للشريعة الإسلامية أولوية التطبيق على أية قاعدة قانونية . ويتفرع عن ذلك أنه لا يجوز تعطيل أى حكم قطعى من أحكام الشريعة الإسلامية إذا تعارض مع أى مبدأ قانونى وضعى . وهذا هو مانص عليه هذا الحكم كذلك.

ولاخلاف فى أن فهم هذه النصوص على هذا النحو هو ما جرى عليه التطبيق القضائى . يدل على ذلك تأييد المحكمة الاتحادية العليا حكما قضى ببراءة المتهم لعدم توافر الأدلة المتطلبة شرعا لإقامة حد الشرب. وفى ٢٨ / ٢ / ١٩٨٤ أيدت محكمة الاستئناف فى أبو ظبى الحكم بالإعدام الصادر من محكمة جنايات أبو ظبى فى ١٣/ ١/ ١٩٧٧ لتوافر شروط القصاص الشرعية ، ولكنها قامت بتعديل منطوق الحكم فألغت عبارة شنقا حتى الموت ونبهت إلى ضرورة الإشارة فى الحكم إلى أحكام القصاص فى الشريعة الإسلامية كى يهتدى بها الحاكم عند اتخاذ قراره فى شأن التنفيذ ؛ إذ جاء فى الحكم : ومما تجدر الإشارة إليه أن الإعدام فى القانون يقابل القصاص فى الشريعة الإسلامية ، وبما أن القانون لم يحدد طريقة لتنفيذ حكم الإعدام فيكون من المناسب أن تشير المحكمة إلى أحكام القصاص فى الشريعة الإسلامية كى يهتدى بها سمو الحاكم عند اتخاذ قراره فى هذا الشأن. وألغى هذا الحكم التعريض الذى قضت به محكمة الجنايات باعتبار أنه يأخذ حكم الدية التى لا تجتمع مع القصاص. وقد جاء فى الحكم فى ذلك : ومن حيث أنه بالنسبة إلى ماقضى به الحكم المستأنف من تعويض باعتبار أنه دية شرعية فإن من المقرر شرعا أنه لا يجوز الجمع بين القصاص وبين الدية ، لأن القصاص هو عقوبة أصلية على حين أن الدية فى حالة القتل العمد هى عقوبة بديلة عن القصاص. وبذلك يكون الحكم المستأنف بإلزام المستأنف تعويضا كدية لورثة القتيل غير قائم على سند من القانون مما يتعين معه إلغاء ما

تضمنه الحكم من تعويض .

ولم يمنع هذا المنهج القائم على التقيد بأحكام الشريعة الإسلامية مسيرة التطوير القانوني والإصلاح التشريعي بمنهج يوفق بين مقتضيات الأصالة واحتياجات المعاصرة . وقد غذت دولة الإمارات السير في هذا الاتجاه ، فسنت قانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والمعدل بالقانون لسنة ١٩٨٧ . وقد جاء في مادته الأولى النص على أنه إذا لم يجد القاضي نصا في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية ، على أن يراعى تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والامام أحمد بن حنبل ، فاذا لم يجد فمن المذاهب المعتمدة الأخرى حسبما تقتضيه المصلحة فاذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف ، على ألا يكون متعارضا مع النظام العام أو الآداب ، وإذا كان العرف خاصا بإمارة معينة فيسرى حكمه على هذه الإمارة .

وقد ربطت المادة الثانية بين هذا القانون وبين التراث الفقهي على نحو وثيق بما أوجبته من الرجوع في فهم نصوصه وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي . وليس هذا مجرد استنتاج؛ فقد أبانت المذكرة الإيضاحية أن هذه المادة قد وضعت لتثبيت ما يتميز به هذا القانون من ارتباطه بالفقه الإسلامي وأصوله ولذا فإن فهم هذا القانون وتحليله يتطلبان درجة كبيرة من الوعي بأحكامه المبسوطة في كتب الفقه ، وبقواعد التفسير المدونة في كتب أصول الفقه. وفي اعتقادي أن هذه المادة تقدم معيارا جيدا للحكم على القانون باقترابه من أحكام الشريعة الإسلامية وقصده إلى تبني أحكامها أو بعده عنها .

ومن أبرز الأمور التي أعانت على توثيق العلاقة بين أحكام هذا القانون وبين أحكام الفقه الإسلامي إعداد هذه المذكرة الإيضاحية المفصلة التي أبرزت المصادر الفقهية الخاصة بكل مادة . ولا شك في

أن وجودمثل هذه المذكرة ذو فائدة قصوى لتيسير رجوع المشتغلين بالعمل القانونى من قضاة ومحامين وغيرهم إلى مصادر الفقه الإسلامى . ويجب أن تيسر المؤسسات التعليمية والبحثية وصول هؤلاء المشتغلين إلى هذه المادة الفقهية والأصولية من أيسر طريق .

ولا يعد هذا القانون مجرد ترديد لما أوردته الكتب الفقهية القديمة ؛ إذ ترتبط نصوصه كذلك بما أحرزه التفكير القانونى المقارن من تقدم فى الصياغة وفى التعبير عن المفاهيم القانونية التى تشتمل عليها المدونات القانونية الحديثة . وهو لهذا لا يفلت شيئا مما تناوله القانون المدنى المصرى . ومرجع عدم التناقض بين سمتى الحداثة والاستمداد من الفقه الإسلامى هو الحرص على الالتزام بمعيار عدم تناقض الجديد المتبنى لأصول الشريعة وقواعدها العامة .

ولا يغيب عن البال أن هذا القانون مستمد من نظيره الأردنى الصادر عام ١٩٧٦ ، كما أن المذكرة الإيضاحية لهذا القانون تتفق فى أكثر أجزائها موافقه تامة مع ما جاء فى المذكرة الإيضاحية لنظيره الأردنى ، وإنما ذلك لأن القانون الأردنى - طبقا لما جاء فى مقدمة مذكرة القانون الإماراتى - قانون متكامل مستمد معظم أحكامه من الشريعة الإسلامية .

وإنما اعتمد هذا القانون على منهج التخير من المذاهب الفقهية المختلفة ولم يتقيد بمذهب فقهى معين ، وهذا هو المنهج الذى تبنته قوانين الأحوال الشخصية الصادرة فى أوائل هذا القرن وانتقل منها إلى القوانين المدنية الصادرة فيما بعد . أما مصطلحاته فأكثرها فقهى على الرغم من تغليب استخدام المصطلح القانونى أحيانا لدواعى الوضوع ومجاراة للمألوف بين الناس ، ويتضح ذلك بالنظر إلى المواد المنظمة لعقد المقاولة (م٨٧٢ إلى م٨٩٦) ، حيث جرى تفضيل استخدام مصطلح المقاولة على المصطلح الفقهى : «الاستصناع» ، دون أدنى محاولة للمزاوجة بين هذين المصطلحين أو الربط بينهما ، وكانت

المذكرة الإيضاحية هى التى تولت هذا الربط والإشارة إليه . ولعل تغير العرف اللغوى وتوخى الوضوح هو المسئول عن تفضيل استخدام مصطلح المقاولة على مصطلح الاستصناع .

وقد صدر فى دولة الإمارات قانون المعاملات التجارية رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣، وجاء فى ٩٠٠ مادة . والقانون البحرى وقانون المرافعات المدنية والتجارية بمنهج يقوم على التوفيق بين الأصول الشرعية وبين مقتضيات المصلحة الاجتماعية .

وصدر قانون العقوبات الاتحادى رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ ، وبدأ العمل به فى ٨ /١٩٨٨/٣ بمنهج يجمع بين الاجتهادات الفقهية المعروفة وبين المفاهيم القانونية المتطورة ، وبذلك عد هذا القانون خطوة متقدمة فى تقنين أحكام الشريعة الإسلامية فى الجنايات والعقوبات . ويتضح استلهام هذا القانون لأحكام الفقه الإسلامى من التقسيم الوارد فى المادة ٢٦ لأنواع الجرائم إلى جرائم حدود وإلى جرائم قصاص ودية وإلى جرائم تعزيرية . وقد نصت مادته الأولى على أنه تسرى فى شأن جرائم الحدود والقصاص والدية أحكام الشريعة الإسلامية ، وتحدد الجرائم والعقوبات التعزيرية وفق أحكام هذا القانون والقوانين العقابية الأخرى . ومع ذلك فقد أخذ القانون فى المادة رقم ٢٦ بالتقسيم القانونى للجرائم إلى الجنايات والجنح والمخالفات ، وعرف كل قسم من هذه الاقسام بتعريفه المألوف فى القوانين الجنائية المعاصرة بعد إجراء تعديل طفيف فيه ليناسب أحكامه المستمدة من الشريعة . وبذا أصبحت الجناية (م٢٨) هى الجريمة المعاقب عليها بأى عقوبة من عقوبات القصاص أو الحدود فيما عدا حدى الشرب والقذف أو الإعدام أو السجن المؤقت أو السجن المؤبد ، كما أصبحت الجنحة (م٢٩) هى الجريمة المعاقب عليها بالحبس أو الغرامة أو الدية أو الجلد فى حدى الشرب والقذف . أما المخالفة (م٣٠) فهى كل فعل أو امتناع معاقب عليه بالغرامة التى لا تزيد على ألف درهم أو بالحجر

مدة تقل عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد على عشرة أيام.

وتتضح طبيعة هذا القانون ورجوعه إلى أحكام الشريعة مما نصت عليه مادته الأولى التى أوجبت الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فى شأن جرائم الحدود والقصاص والدية . ويدل على هذا أيضا ما جاء فى مادته رقم ٣١٢ من الحكم بعقاب المسلم الذى يأكل لحم الخنزير مع علمه بذلك بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين شريطة علنية فعل الأكل . وفى المادة نفسها الحكم بهذه العقوبات ذاتها على من يحسن المعصية أو يحض عليها ويروج لها أو يغرى بارتكابها . وكذا قضى هذا القانون بالعقوبة على المجاهرة بالإفطار فى نهار رمضان (م٣١٣) بل وعلى الإساءة إلى المقدسات والشعائر المقررة فى الديانات الأخرى متى كانت هذه المقدسات والشعائر مصونة من وجهة الشريعة الإسلامية (م٣١٥)، كما عاقب كذلك على التعامل بربا النسيئه (م٤٠٩ إلى ٤١٢) فى المعاملات المدينة والتجارية ، وعلى لعب القمار (م٤١٣ إلى ٤١٦) .

ومن هذا كله يتضح أن على القاضى أن يطبق أحكام الشريعة الإسلامية فى مجال الحدود والقصاص أما فى مجال العقوبات والجرائم التعزيريه .. فإن عليه أن يطبق أحكام القانون العقابى. ولا تعارض فى ذلك لأن الجرائم والعقوبات التعزيرية التى تعرض لها القانون مما لا يتناقص مع الأصول الشرعية ، وبهذا كانت الشريعة هى المصدر لأحكام القصاص والحدود والتعزيرات . وهذا هو ما أوضحته أحكام المحكمة الاتحادية العليا ، حيث بينت استناد شرعية التعزيرات إلى حق ولى الأمر الذى كفلته الشريعة فى الزجر عن الآثام التى لم تبلغ مبلغ الحدود إذا اقتضت مصلحة جماعة المسلمين العقاب عليها، وبهذا فإنه لايشترط وجود النص القانونى لإيقاع العقوبة الحدية على حين يشترط وجود النص القانونى لإيقاع العقوبة التعزيرية . وإنما كان هذا الفرق لتوافر مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة فى الحدود

بالنصوص الشرعية المعروفة لكافة المسلمين على حين لا يتحقق ذلك فى الجرائم التعزيرية إلا بصدور النص القانونى الذى يحدد الجريمة والعقوبة عليها . ولذا فإنه إذا لم تثبت جريمة الزنا بالشهود الأربعة وثبت وقوع الزنا بالإكراه فإن النصوص التعزيرية هى التى توضع موضع التطبيق . ولا يستطيع القاضى أن يوقع عقوبة الجلد على الزنا الثابت بمادون شهادة الشهود الأربعة ، لأن هذه العقوبة غير منصوص عليها فى قانون العقوبات ، وليست هذه عقوبة حدية يرجع فيها إلى الأحكام العامة للشريعة ، ويستطيع القاضى اللجوء إلى تطبيق العقوبة على جريمة هتك العرض ، ولا تتضمن هذه العقوبة جلد الزانى .

ويمكن القول دون أدنى مبالغة بأن هذا القانون خطوة صحيحة على طريق تطبيق الأحكام الجنائية الشرعية .

وقد صدر قانون الإجراءات الجزائية الاتحادى فى ١٥ من يونيو ١٩٩٢ بمنهج يجمع بين الإفادة من المفاهيم القانونية الحديثة والاستمداد من أصول الشريعة . ويتضح القصد إلى الاستمداد من الأصول الشرعية أو عدم التعارض مع هذه الأصول على الأقل فيما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذا القانون ، حيث جاء فيها أنه تطبق أحكام هذا القانون فى شأن الإجراءات المتعلقة بالجرائم التعزيرية، كما تطبق فى شأن الإجراءات المتعلقة بجرائم الحدود والقصاص والدية فيما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وأهم الحقوق التى كفلتها الشريعة والتى قام هذا القانون على احترامها وعدم التعارض معها ما يلى :

- اليقين لا يزول بالشك ، ولذا فإن الأصل هو البراءة التى لا تزول إلابدليل يقينى .
- حرمة الحياة الخاصة وعدم التجسس والنفتيش إلا باذن من له الحق فى الإذن .
- التقيد فى إثبات جرائم الحدود والقصاص بمعايير الإثبات الشرعية

- حق أولياء الدم فى العفو عن القصاص بعد وجوبه ، وإن لم يكن لهم الحق فى العفو عن الجريمة ، حيث يستطيع القاضى الحكم بعد العفو بعقوبة أخرى تعزيرية قد تصل إلى الحكم بالإعدام .

ومن الواضح أن هذه القوانين ما تزوال فى بداية تطبيقها وتحتاج إلى جهود متضافرة من رجال الفقه والشريعة لدعم وصلها بأصولها الشرعية وتيسير المعارف القانونية والفقهية للمشتغلين بتطبيقها للوصول بها إلى أهدافها فى تحقيق المصالح الاجتماعية وربطها بالتراث الفقهى .

٣- التطبيق الشرعى فى مصر :

صدرت القوانين الأهلية المستمدة من القوانين الغربيبة بعد الاحتلال الانجليزى لمصر بعامين، وأنشئت المحاكم الأهلية كما تقدم مع صدور هذا القانون وبعده . وكانت هذه العجلة سببا فى اشتمال هذه القوانين على كثير من العيوب التى سلقت الإشارة إليها . ولذا اتجهت الأنظار إلى وجوب العمل على استصدار قوانين غيرها تحل محلها وتتلافى هذه العيوب .

وقد انعقد العزم على ضرورة الإصلاح فى مجال القانون المدنى، وتألفت لهذا لجنة بقرار من مجلس الوزراء عام ١٩٣٦ ، وأسندت رئاسة هذه اللجنة فى ١٩٣٦/٦/٢٨ إلى الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، وقدمت اللجنة مشروعها بعد ذلك بأربع سنوات ، ثم عرضته على الرأى العام ، وأعادت تنقيحه وصدر القانون بعد جهود كبيرة على أن يبدأ العمل به اعتبارا من ١٩٤٩/١٠/١٥ . وقد جاء فى المادة الأولى من هذا القانون النص على اعتبار الشريعة الإسلاميةمصدار رسميا احتياطيا يلجأ إليه القاضى إذا لم يجد نصا تشريعيا يمكن تطبيقه ولا عرفا يمكنه الرجوع إليه . وقد أوجب هذا النص التوسع فى الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون لاستكمال مالم يرد بشأنه نص فى القانون

ومن جهة أخرى فإن أعضاء اللجنة المكلفة بوضع مشروع هذاالقانون قد وضعوا نصب أعينهم القواعد الشرعية والنظريات الفقهية فتأثروابها فى صياغتهم . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون أن الشريعة الإسلامية كانت من المصادر التى استند إليها هذا المشروع ، وقد استمد منها كثيرا من نظرياتها العامة وكثيرا من أحكامها التفصيلية ، وقبل هذا وذلك أدخل المشروع فى شأن الشريعة الإسلامية تجديدا خطيرا ، فقد جعلها من بين المصادر الرسمية للقانون المدنى المصرى إذا لم يجد القاضى نصا تشريعيا يمكن تطبيقه ، والفروض التى لا يعثر فيها القاضى على نص فى التشريع ليست قليلة ، فيرجع القضاء إذن للشريعة الإسلامية يستلهم مبادئها فى كثير من الاقضية . وفى هذا فتح عظيم للشريعة الإسلامية الغراء ، لاسيما إذا لوحظ أن ماورد فى المشروع من نصوص يمكن تخريجه على أحكام الشريعة الإسلامية دون كبير مشقة . فسواء وجد النص أم لم يوجد فإن القاضى فى أحكامه بين اثنتين ، إما أن يطبق أحكاما لا تتناقض مع مباديء الشريعة الإسلامية وإما أن يطبق أحكام الشريعة ذاتها ، بل أخذ المشروع بنظريات عامة فى الفقه الإسلامى كنظرية التعسف فى استعمال الحق ومسئولية عديم التمييز وحوالة الدين ومبدأ الحوادث غير المتوقعة. كما أخذ من هذا الفقه كثيرا من الأحكام التفصلية كالأحكام الخاصة بمجلس العقد وإيجار الوقف والحكر وإيجار الأرض الزراعية وهلاك الزرع وبيع المريض مرض الموت ، وخيار العيب وخيار الرؤية وتبعة الهلاك فى المبيع وأحكام العلو والسفل والحائط المشترك والأهلية والشفعة ومبدأ لا تركة إلا بعد سداد الدين وأحكام الهبة

وليس هذا فحسب فقد تأثر القانون المدنى المصرى بأحكام الفقه الإسلامى فى تغليب النزعة المادية الموضوعية فى النظر إلى الالتزام واعتباره أبعد من أن يكون علاقة شخصية . ويتفق مع هذه النزعة المادية الأخذ بالإرادة الظاهرة فى العقود إذ ينشأ العقد طبقا لما جاء فى

المادة ٨٩ من القانون المدنى المصرى بمجرد تبادل التعبير الدل على الرضا بين الطرفين . وتتجلى هذه النزعة كذلك فى كثير من المعايير التى أخذها القانون من الفقه الإسلامى كمعيار عناية الشخص المعتاد وعناية الشخص الحريص .

وقد كان القانون المدنى السابق وأحكام القضاء التى صدرت فى ظله من أهم المصادر التى اعتمد عليها القانون المدنى الحالى . كذلك كان القانون المقارن من المصادر النافعة لهذا القانون.

ومن هذا كله يتضح أن أهمية صدور القانون المدنى المصرى فى التطور التشريعى من الأوجه التالية :

١- يمثل هذا القانون مزجا بين المفاهيم القانونية الحديثة وبين أحكام الفقه الإسلامى ونظرياته وقواعده مما أدى إلى مزيد من الاقتراب من هذا الفقه والتوسع فى دراسته وتقدير دوره الحضارى الخلاق.

٢- قدمت هذه الصيغة المزجية نوعا من التوفيق بين الاستجابة للاستفادة من التراث الفقهى ومن الأصول الشرعية وبين مقتضيات المعاصرة والتحديث التشريعى .

٣- فتحت هذه الصيغة أبواب دراسة الفقه الإسلامى بمناهج الدراسة القانونية الحديثة ، وساعد هذا على التخلص من عيوب التعصب المذهبى والوقوف عندما تركه الأقدمون من تراث ، وأصبح النداء إلى التخير من المذاهب الفقهية مقبولا ، كما أصبحت الدعوة إلى فتح باب الاجتهاد من الأمور التى لا تثير حفيظة أحد .

٤- برهنت هذه الصيغة على أن من الممكن من حيث المبدأ الإفادة من التفكير القانونى الحديث لتطوير الفكر التشريعى العربى والإسلامى .

٥- تأثر كثير من البلاد العربية بالنموذج الذى قدمه القانون المدنى المصرى وتبنة بعض هذه البلاد مما أدى إلى بذر بذور الوحدة القانونية العربية والتفكير التشريعى فيها.

وعلى الرغم من هذا كله فما تزال هذه الخطوة بحاجة إلى ما

يتممها ويكملها ، مما يؤكد ربط النصوص القانونية بأصولها الشرعية ويوجب فى الوقت نفسه إعمال قواعد التفسير الأصولية فى فهم النصوص وتطبيقها .

أما فى مجال القانون الجنائى فكان قد صدر قانون العقوبات المصرى فى نوفمبر ١٨٨٣ كما تقدم ، وجاء فى مادته الأولى النص على استناد ولى الأمر فى إصداره على الحق المقرر له شرعا فى مواجهة الجرائم والعقوبة عليها ، وأنه لم يفعل فى هذا القانون أكثر من تعيين درجات العقوبة التى لأولياء الأمر شرعا تقديرها ، وهذا بدون إخلال فى أى حال من الأحوال بالحقوق المقررة لكل شخص بمقتضى الشريعة الغراء . ويتفق هذا الاعتراف بالحقوق الشخصية مع ماجاء فى المادة رقم ٢٣٠ من هذا القانون ، ونصها : فى جميع الأحوال المبينة فى هذا الباب التى تقضى فيها الشريعة الغراء بالدية يصير تقديرها والحكم بها شرعا للأشخاص السارية عليهم أحكام تلك الشريعة ، وهذا بدون إخلال بالعقوبات المدونة فى هذا القانون .

وعلى الرغم من هذا الاعتراف بأن أحكام هذا القانون لا تعارض الحقوق الشخصية التى قررتها الشريعة والنص على الاعتراف بالدية فقد ثار خلاف كبير حول مفهوم هذا النص وكيفية تطبيقه ، وقد كان الحل فيما يبد و هو الانصراف عن تطبيق هذا النص وعدم الالتفات إليه ، فلم نجد أحكاما تقضى بالدية أو تسأل أولياء الدم عن رأيهم فى القصاص من الجانى أو العفو عنه . وقد صدر قانون جنائى آخر فى عام ١٩٠٤ دون أن يتولى هذه النصوص المتعلقة بالدية والحقوق الشخصية فى الشريعة بالتوضيح . أما القانون الجنائى المصرى الصادر عام ١٩٣٧ فقد اختصر هذه النصوص واكتفى بالإشارة فى المادة السابعة منه إلى أنه لا تخل أحكام هذا القانون فى أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة فى الشريعة الإسلامية ومفاد هذه المادة أن الحق فى القصاص والدية ، وهما من الحقوق الشخصية ، لأولياء الدم ما يزال حقا ثابتا ، ولهم أن يطالبوا به .

وعلى الرغم من كثرة الدعوات للمطالبة بالتجديد والتطوير فى مجال القانون الجنائى لتحقيق المصالح الاجتماعية والاقتصادية والسياسية مع مراعاة الاقتراب من مقررات الفقه الإسلامى فإن اتجاهات التطوير تأخذ خطا مختلفا يبدأ بالنظريات الجنائية الغربية ودراستها والحديث عنها دون نظر إلى الواقع وظروف الناس ومشكلاتهم وآرائهم الخاصة ومعتقداتهم . والنتيجة مانراه من توتر بين النظريات التى يحشو بها الطلاب رؤوسهم وبين الواقع الذى نعيشه، حيث أصبحت السجون مباءة لتفريخ الإجرام وظروف الحياة فيها لا تليق بمجتمعاتنا واضطرب الأمن وكثر الفساد حتى أصبح أسلوباً للحياة وكثرت القوانين الاستثنائية لحماية السلام الاجتماعى وحماية الجبهة الداخلية وحماية المكاسب الاشتراكية وحماية القيم وقانون الطوارىء والعيب. ويعنى النظر إلى هذا أنه لابد من الدعوة إلى تطوير القانون الجنائى بما يحقق المصلحة الاجتماعية وفق صيغة فقهية تقوم على الاجتهادوفهم النصوص الشرعية فى ضوء مقاصد الشرعية وغاياتها . ولا بأس فى أن نبتعد عن بعض صيغ التطبيق الفقهية مادمنا متمسكين بجوهر التشريع الإسلامى ومقاصده العامة ونصوصه القطعية .

٤- فى الشام والعراق

ساعد وضع المجلة العدلية وتطبيقها فى منطقة الشام والعراق قبل وقوعها فى قبضة الاحتلال الغربى بعد هزيمة العثمانيين فى الحرب العالمية الأولى على استمرار تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فترة أخرى ، إذ أن هذه المجلة كانت تقنيناً مستمدا من المذهب الحنفى . وكانت الحكومات الوطنية هى التى جرؤت على تغييرها وإحلال قوانين أخرى محلها ؛ ففى عام ١٩٤٩ أمر حسنى الزعيم فى سوريا بتشكيل لجنة لوضع قانون مدنى عصرى على غرار القانون المصرى، بناء على أن المجلة رغم أهميتها ومكانتها فى التشريع ليست قانونا مدنياً بالمعنى الكامل، فقد اقتصرت أحكامها على طائفة معينة من المعاملات

المأخوذة من المذهب الحنفى وحده دون سائر المذاهب، ولم تتضمن أحكاما عن الالتزامات بوجه عام ولا عن العقد ولا عن الحقوق العينية، ولكنها حوت أحكاما لاتمت إلى القانون المدنى كالأحكام المتعلقة بتنظيم القضاء وأصول المحاكمات . وهى فى صياغتها بعيدة عن الصياغة القانونية بماورد فى موادها من الإطالة والإسهاب وذكر الأمثلة والأسباب ، فكانت صياغتها إلى لغة الفقه أقرب منها إلى لغة القانون •

ومن هذا يتضح أن الأسباب التى دعت إلى استبعاد المجلة والعمل على صياغة قانون مدنى عصرى تتمثل فى الأمور التالية :

١- الرغبة فى صيغة القانون المدنى المصرى التى تقوم على المزج بين التفكير الفقهى والتطورات والمفاهيم القانونية الحديثة.

٢- النقص الواضح فى المجلة ، حيث لم تتعرض لما يضبط عددا من المفاهيم والعقود الضرورية فى الحياة الاقتصادية الحديثة . من ذلك مفهوم العقد والحق والالتزام ، كما أنها لم تتناول أحكام عقد التأمين وبعض أنواع الرهن والحوالة•

٣- الاقتراب فى الصياغة من اللغة الفقهية التى لا تكتفى بالقاعدة ، وإنما تضرب المثل وتوضح السبب .

٤- تناول عدد من الموضوعات التى تخرج عن حدود المعاملات المدنية ، وذلك كأحكام الإثبات والقضاء والقواعد الفقهية الواردة فى بداية المجلة •

٥- وتضيف المذكرة الإيضاحية سببا آخر للتغيير والأخذ بقانون قريب من القانون المصرى ، هو العمل على الوصول إلى الوحدة القانونية للبلاد العربية ، فهذا الهدف كما جاء فى هذه المذكرة كان مطمح أنظار رجال القانون العرب وأملا من آمالهم ، فجاء هذا المشروع محققا لهذا الأمل ، وهو أول خطوة عملية لإقامة الوحدة القانونية بين الأقطار العربية .

وقد نص القانون السورى كنظيره المصرى على الرجوع لأحكام

الشريعة الإسلامية إذا لم يوجد نص ، فإن لم يجد القاضى فيها ما يقضى به رجع إلى العرف، وإلاكان عليه أن يقضى بمبادىء القانون الطبيعى والعدالة . وهكذا اتجه التطور فى سوريا من التطبيق لأحكام المذهب الحنفى الذى قننته المجلة العدلية إلى الأخذ بصيغة المزج بين التفكيرين الفقهى والقانونى •

وفى عام ١٩٥٣ صدر القانون المدنى العراقى ليمثل اتجاها أكثر وضوحا فى الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية من نظيريه المصرى والسورى ؛ فقد جاء فى مذكرته الإيضاحية : «رؤى أن يكون المشروع مثالا لما ينبغى أن يكون عليه التقنين المدنى فى البلاد العربية ، فجاء مزاجا متألقا يجمع بين قواعد نقلت عن الشريعة الإسلامية وقواعد نقلت عن التقنينات الغربية ، وهو بتكوينه هذا يحكم التنسيق بين هذين المصدرين ، فيتسع لمواجهة أوضاع الحضارة الحديثة ، ويستحث الجهود لدراسة الفقه الإسلامى دراسة مقارنة ترده إلى ربيع حياته وتمكنه من مسايرة هذه الأوضاع .. ولم يأل المشروع جهدا فى التنسيق بين الأحكام التى استقاها من مصدريه الأساسيين : الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية ، فاندمجت جميعا فى ضرب من الوحدة يكاد يخفى معه ازدواج المصادر وتباينها .

وتكمن أهمية صدور هذا القانون فى الأمور الآتية :

١- اتجاهه إلى تبنى صيغة المزج بين الشريعة الإسلامية والأحكام القانونية الغربية بمنهج يختلف عن منهج القانونين المدنيين المصرى والسورى من حيث الاقتراب من الأحكام الشرعية والمصطلحات الفقهية . ومن هذا يتضح تنوع صيغ المزج باقترابها أوبابتعادها من أحد هذين المصدرين : الفقه والقانون الغربى .

٢- القصد إلى اتباع خطة معينة فى هذا المزج بما يحقق الاندماج بينهما فى ضرب من الوحدة يكاد يخفى معه ازدواج المصادر وتباينها طبقا لما جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون . وإنما يتحقق هذا المزج والدمج بالانحياز إلى التراث المحلى وتطعيمه بالأفكار

القانونية اللازمة لإتضاجه وتطويره .

٣- وضوح المصطلحات الفقهية فيه ، كالتعرض لبعض أنواع الشركات الفقهية، وتناول أحكام الغصب والإتلاف عند تحديد أحكام المسئولية التقصيرية . وقد كان القانون المدنى العراقى خطوة تطورية فأثر بدوره فى كثير من القوانين المدنية العربية التى صدرت بعده فى الأردن والكويت واليمن والإمارات العربية المتحدة . ويشير المرحوم عبد الرازق السنهورى الذى أسهم بدور كبير فى وضع هذا القانون إلى أهميته الكبرى فى مقاله المنشور فى مجالة القضاء العراقية عام ١٩٦٢ تحت عنوان القانون المدنى العربى بقوله: «هذه تجربة من أخطر التجارب فى تاريخ التقنين المدنى الحديث . ذلك أن الشريعة الإسلامية منذ أن ركدت طوال القرون الماضية وأغلق باب الاجتهاد فيها أصبحت شريعة قديمة من طراز القانون الرومانى ، لم تهب عليها ريح الإصلاح إلا فى مرحلة أولى يوم قننت أحكامها فى نصوص تشريعية على نسق التقنينات العربية فى المجلة وفى مرشد الحيران. وها نحن الآن فى مرحلة ثانية يخطوها القانون العراقى الجديد . وقد وضع هذه الأحكام المقننة من الفقه الرسلامى إلى جانب نصوص القوانين الغربية ممثلة فى القانون المصرى الجديد . فلسنا مغالين إذا قلنا إن تجربة القانون المدنى العراقى تعد من أجل التجارب فى تاريخ التقنين، فهذه أحكام الفقه الإسلامى قنن فى نصوص واضحة ووضعت إلى جانب نصوص القوانين الغربية ، وبذلك تم جمع الفقه والقوانين الغربية على صعيد واحد ، فمكن لعوامل المقارنة والتقريب من أن تنتج أثرها ، ومهد الطريق للمرحلة الثالثة والأخيرة فى نهضة الفقه الإسلامى ، يوم يصبح هذا الفقه مصدرا لأحكام مدنية حديثة تجارى مدنية العصر وتساير أحدث القوانين وأكثرها تقدما ورقيا».

ولقد كان القانون المدنى الأردنى الصادر عام ١٩٧٦ والذى حل محل مجلة الأحكام العدلية فى الأردن خطوة أخرى على طريق التطور ، حيث اقترب أكثر من غيره من الفقه الإسلامى ، وأدخل

واضعوه عددا من المعايير التى يسرت دمجه بالفقه الإسلامى ، من ذلك إعداد هذه المذكرة التوضيحية التى بينت مرجع أحكام كل مادة فى كتب الفقه المعروفة ، بما ييسر على المشتغلين الرجوع إلى هذه الكتب. ومن جهة أخرى فقد جاء فى هذا القانون النص على الرجوع فى تفسير نصوصه ومفاهيمه إلى قواعد التفسير الأصولية المدونة فى أصول الفقه. وقد أحسن القائمون على وضع القانون المدنى فى الإمارات حين فطنوا إلى أهمية هذه الأدوات فى تغليب اتجاه التطور القائم على ربط الصياغة القانونية بأصولها الشرعية ومن الواجب العمل على تقريب الوصول إلى هذه المرحلة التى نتهيأ فيها لصدور قوانين مدنية مستمدة من أحكام الفقه الرسلامى واجتهادات فقهائنا وتفسيراتهم المتنوعة لنصوص الشريعة الإسلامية بما يحقق المصالح الاجتماعية ويدعم التطور والتقدم فى مجتمعاتنا التى تستحقه وتتطلع إليه وتمتلك الدوافع إليه وإمكانات تحقيقه.

* * *

المبحث الثالث
التطبيق الشرعي في مجال الأسرة

تقديم :

انحصر تطبيق الأحكام الشرعية فى مطلع هذا القرن فى أكثر البلاد الإسلامية فى مجال الأحوال الشخصية ، واستمر القضاة على عادتهم فى الرجوع إلى الكتب الفقهية لاستقاء الأحكام منها . لكن الحاجة إلى التغيير قد بدأ الإحساس بها والتعبير عنها فى مصر على يد الإمام محمد عبده عقب توليه منصب الإفتاء فى آخر القرن الماضى ؛ فقد عكف على دراسة أوضاع المحاكم الشرعية ، وقدم تقريرا مطولا لإصلاحها عام ١٨٩٩ م . وكان من أهم ما طالب به الأستاذ الإمام فى تقريره هذا وجوب العمل على تأليف لجنة من العلماء لاستخراج كتاب فى أحكام المعاملات الشرعية ينطبق على مصالح الناس المعاصرة ويكون سهل العبارة على هيئة مجلة الأحكام العدلية دون تقيد بأحكام المذهب الحنفى. وعلى الرغم من استقرار النظر للمذاهب الفقهية المختلفة على أنها تفسيرات متنوعة للنص الشرعى طبقا لما عبر عنه الشعرانى فى كتابه الميزان الكبرى وأن اختلافهم رحمة وأن كلا منهم من رسول الله ملتمس فإن تقنين الأحوال الشخصية بالإفادة من هذه المذاهب جميعها لم ير النور فى حياة محمد عبده ، واستمرت المعارضة للتطوير فى هذا الاتجاه على أشدها حتى نجحت فى وأد مشروع تقنين الأحوال الشخصية الذى أعدته اللجنة المشكلة من كبار علماء المذاهب الأربعة فى عام ١٩١٥ .

وفى هذه الأثناء نجحت دولة الخلافة العثمانية فى تجميع الجهود لإصدار قانون حقوق العائلة عام ١٩١٧ . وقد وضع هذا القانون المثال الذى احتذته العديد من البلاد العربية فيما بعد. وإنما ذلك لأنه أول قانون فى أحكام الأسرة مستمد من الاجتهادات المتنوعة

للمذاهب الفقهية . وكان الاستناد في إصدار هذا القانون من الناحية الفقهية إلى حق الحاكم فى تطبيق رأى معين من بين الآراء الفقهية العديدة المعتبرة ، طبقا لما توجبه القاعدة الفقهية القاضية بأن اجتهاد الحاكم يرفع الخلاف . ويستند حق الحاكم فى الاجتهاد لرفع الخلاف إلى المصلحة ، وهى أصل من الأصول المعتبرة شرعا . ولذا فإن اجتهاد الحاكم مقيد بالمصلحة طبقا لما تفيده قاعدة فقهية أخرى.

وقد تضمن هذا القانون عددا من الأحكام التى جرت القوانين العربية على الأخذ بها فيما بعد . من ذلك إثبات حق الزوجة فى المطالبة بفسخ الزواج ورفع الأمر إلى القاضى إذا كان بالزوج عيب مستحكم لابرء منه أو إذا غاب عنها دون أن يقوم بالإنفاق عليها . وإنما أخذ القانون بالمذهب المالكى فى التفريق بالعيب وبالمذهب الحنبلى فى التفريق بالغيبة مع عدم الإنفاق. وكذلك تضمن هذا القانون تصحيح اشتراط الزوجة على زوجها فى العقد ألا يتزوج عليها. وتبدو قوة النزوع فى هذا القانون إلى الإصلاح والتطوير فيما تضمنه من الحكم بعدم انعقاد زواج الصغير والصغيرة قبل وصولهما إلى سن البلوغ ، وهو لا يكون قبل تسع سنوات للبنت واثنتى عشرة سنة للولد.

٢- فى مصر :

وكان صدور هذا القانون إيذانا بفتح باب الاجتهاد فى أحكام الأسرة وإنهاء لمقاومة الإصلاح والتجديد فى كثير من البلاد الإسلامية؛ إذ لم تمر سوى سنوات قليلة فى مصر حتى صدر مرسوم ١٩٢٠ ومرسوم ١٩٢٩ . وقطع هذان المرسومان شوطا أبعد فى الإصلاح ، حيث أجازا للزوجة الحق فى طلب التفريق من القاضى إذا امتنع زرجها من الإتفاق عليها، حتى ولو كان حاضرا ، وأجازا لها التفريق بالعيوب المختلفة وللشقاق والضرر وللغيبة وللحبس ثلاث سنوات إذا كان الحكم نهائيا ومضت سنة على بدء تنفيذه . والقانون

المصرى فى هذا مالكى الاتجاه . أما فيما يتعلق بالمنع من زواج الصغار فقد اتجه القانون المصرى إلى الأخذ بالإجراء الشكلى الذى يمنع القاضى من النظر فى الدعوى المقامة من أى من الزوجين إذا قلت سن الزوجة عن ست عشرة سنة والزوج عن ثمانى عشرة سنة أو إذا لم توجد وثيقة الزواج الرسمية ، وفى الوقت نفسه فقد منع المأذونين من توثيق مثل هذا العقد . وبهذا فان أسلوب المنع من الحماية القانونية هو الأسلوب الذى لجأ إليه التجديد فى مصر للحد من زواج الصغار . ويختلف هذا الإجراء الشكلى عن الحل الموضوعى الذى أخذ به القانون العثمانى فى ذلك، وهو الحكم ببطلان مثل هذا الزواج على النحو المشار إليه قبل قليل .

ومن جهة أخرى فقد اتجه مرسوم ١٩٢٩ إلى تقييد الطلاق وتقليل حالات وقوعه بالمنع من وقوع طلاق المكره والسكران والطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه ما لم يقصد الزوج إيقاع الطلاق به ، وبالحكم بأن الطلاق المتعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا طلقة واحدة .

ولا يخفى أن أحد أهم الأهداف من هذين المرسومين وما تلاهما من تشريعات هو العمل على رفع المعاناة أو تخفيفها عن المرأة . ويتضح هذا المقصد فى الحكم بإدخال نفقة تطبيب الزوجة وعلاجها ضمن بنود النفقة الواجبة لها على الزوج طبقا لما تقرر فى مرسوم ١٩٧٩ المعدل بمرسوم ١٩٨٥ . وجاء فى الاتجاه نفسه الحكم برفع سن حضانة النساء للصغيرة إلى سن العاشرة مع إقرار حقها فى البقاء فى يد الحاضنة فوق ذلك إلى أن تتزوج والصغير إلى سن الخامسة عشرة.

وقد سعت هذه الإصلاحات التشريعية إلى حفظ حقوق الزوجين والأولاد بما رسمته من إيجاب توثيق كل من الزواج والطلاق وفرض الجزاءات المناسبة بمخالفة هذا الواجب ، حيث رتبت المنع من سماع الدعوى والعقوبة بالحبس إلى ستة أشهر أو الغرامة إلى مائتى

جنيه أو الحبس والغرامة معا . وإنما رتب التشريع هذا الجزاءات لضمان حقوق أطراف الزواج وثمرته عند أى نزاع . وإذا كان مرسوم ١٩٢٠ و ١٩٢٩ تقنينا جزئيا لبعض موضوعات الزواج والطلاق فقد صدر فى مصر بعد فترة وجيزة عدد من القوانين الشاملة والتى تتناول موضوعا قانونيا بكامله؛ إذ شهد عام ١٩٤٣ صدور قانون الميراث وعام ١٩٤٦ صدور كل من قانون الوقف والوصية . ولعل أهم المزايا التى انطوت عليها قوانين الميراث والوصية والوقف هو عموم تطبيقها على جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين على الرغم من استمدادها من أصولها الشرعية . وفضلا عن ذلك تضمن قانون الوصية عددا من الأحكام الجديدة التالية :

١ – جواز الوصية للوارث ؛ فقد جاء فى المادة رقم ٣٧ من قانون الوصية النص على أنه تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وقد استند القانون فى هذا إلى حاجة الناس لمعاونة بعض ورثتهم لصغر أو عجز أو بتعطل أو مرض أوما إلى ذلك من ظروف تدعو إلى مثل هذه الوصية . وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى استناد القانون فى هذا الذى أخذبه إلى مذاهب بعض علماء السلف وفقهاء الشيعة وبعض المفسرين . ويختلف القانون فى هذا الذى أخذ به مع الحديث المرفوع لاوصية لوارث ومع إجماع فقهاء المذاهب الأربعة والظاهرية والزيدية والأباضية .

٢ – أجاز القانون الوصية بقسمة أعيان التركة بين الورثة بحيث يعين لكل وارث قدر نصيبه فى التركة . وقد أريد بهذا الحكم تمكن المورث من تنظيم تركته وقسمتها بين الورثة على الوجه الذى يراه صالحا . ولوزادت قيمة نصيب أحدهم عن حقه فى التركة كانت الزيادة وصية جائزة للوارث . وإنما أخذ القانون هذا الحكم من مذاهب بعض فقهاء الشافعية والحنابلة (م ١٣٠ من قانون الوصية)

٣– أخذ القانون بمفهوم الوصية الواجبة للأحفاد الذين يموت

آباؤهم فى حياة أبيهم أو أمهم أو يموتون معهم ، فإن هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث مع أن آباءهم قد يكونون ممن شاركوا فى بناء الثروة التى تركها الميت ، وقد يكونون فى عياله ينفق عليهم قبل موته ويحب أن يوصى إليهم ولم يمنعه إلا أن المنية عما جلته فلم يفعل. وبهذا افترض القانون أن الميت قد أوصى لهم وصية تعادل نصيب أصلهم الذى مات فى حياة هذا الميت وإنما اعتبر هذا التصرف الذى يوجبه القانون وصية لخروجه من ثلث التركة، ولكن تطبق فيه قواعد الميراث من حيث تضعيف نصيب الذكر بالنسبة للأنثى عند توزيع نصيب الأصل على الأحفاد . وبهذا فإن الحكم بالوصية الواجبة اجتهاد يقوم على المزج بين قواعد الوصية والميراث لمعالجة وضع اجتماعى كثرت منه الشكوى ورئى التصدى له بالعلاج .

أما مجال لوقف فقد تضمن عددا كبيرا من التجديدات الفقهية، لعل من أهمها :

١- إلغاء الأوقاف الأهلية . وهذا هو ماجاء به قانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢م الخاص بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات . وكانت الأهداف المعلنة من هذا الإلغاء هى مواجهة هؤلاء الذين يتذرعون بهذا النظام لحرمان بعض ورثتهم ومحاباة بعضهم الآخر والقضاء على مساوىء الإدارة فى الانتفاع بأموال الأوقاف. وقد هاجم بعض الاقتصاديين الأوقاف الأهلية من جهة أخرى هى أن هذا النظام قد أدى إلى تجميد نسبة كبيرة من الثروة العقارية ومنعها من التداول مما يؤدى إلى الإضرار بالثروة العامة . ولعله غير خاف أن المجلس السامى Privy Council كان حكم فى الهند بالغاء الوقف الأهلى لخروجه على معنى البر والتبرع الذى هو المقصود الأول من نظام الوقف . والحقيقة أن هذا الإلغاء كان لتناقص هذا النظام مع مفهوم الوقف فى القوانين الغربية . ويبدو من هذا أن قوى التجديد فى مصر قد اتجهت

إلى التضحية بنظام الوقف الأهلى انتصارا للمفاهيم القانونية الغربية . وكان هذا ماحدث فى سوريا قبل ثلاث سنوات ، أى فى عام ١٩٤٩ .

٢- جواز رجوع الواقف عن وقفه وحقه فى تغيير مصارف الوقف وشروطه فى غير وقف المسجد والوقف عليه (م ١١ من قانون الوقف ١٩٤٦)، وبهذا لم يعد الوقف لازما بمجرد إنشائه كما كان الحال من قبل .وإنما كان الهدف هو فتح الباب للرجوع عن الوقف .

٣- نظم القانون إدارة الأوقاف ومحاسبة النظار على الأوقاف وعزلهم وحدد مسئولياتهم (المواد٥٠ إلى٥٤ من قانون الوقف ١٩٤٦) . ولا يخفى وجه الإصلاح فى ذلك .

٤- حمى القانون ذرية الواقف وورثته بتقييد حقه فى التصرف بالوقف فيما لا يجاوز ثلث تركته (م ٢٣ من قانون الوقف ١٩٤٦)، وأخذ بفكرة الاستحقاق الواجب لورثة الواقف فيما زاد عن الثلث ، بمعنى أنه إذا وقف من ماله أكثر من الثلث فإن لكل وارث استحقاقا واجبا فى هذا القدر الزائد عن الثلث يعادل نصيبه فى الميراث (المادة٢٤ من القانون المذكور)

ولعله قد اتضح من هذا كله أن موضوعات التجديد قد أملتها أهداف عديدة، من بينها التأثر بالمفاهيم القانونية الغربية والاستجابة لبعض المصالح الاجتماعية فى ظروف الحياة الحديثة .

فى بلاد الشام والعراق والجزيرة العربية :

فعلت الأسباب الداعية إلى التجديد فى مجال الأحوال الشخصية فعلها فى بلاد الشام والعراق كذلك . وقد وضعت أحكام قانون حقوق العائلة العثمانى الصادر عام ١٩١٧ موضع التطبيق بهذه البلاد لتبعيتها لدولة الخلافة ، واستمر ذلك حتى صدور قانون حقوق الاسرة الأردنى عام ١٩٥١ والسورى عام ١٩٥٣ والعراقى عام ١٩٥٩.

ويعبر قانون الأحوال الشخصية السورى عن مسيرة التجديد فى هذه الدول الثلاث . ولعل أهم أوجه التجديد التى أتى بها فيما يلى :

١- جاء هذا القانون شاملا لاحكام الزواج والخطبة والطلاق والتفريق بطلب الزوجة وآثار انحلال الزواج والنسب والأهلية والولاية والوصية والمواريث ووقع فى ثلاثمائة وثمانية من المواد . ويختلف منهج هذا القانون عن منهج التقنين الجزئى لموضوعات بعينها فيما أخذت به مصر .

٢- أخذ القانون بالمذهب الحنبلى فى الحكم بتصحيح الشروط المقترنة بعقد الزواج كاشتراط إسكان الزوجة فى مكان معين أو عدم التزوج عليها ؛ فكل شرط فيه للمرأة مصلحة غير محظورة شرعا ولا تمس حقوق غيرها ولا تقيد حرية الزوج فى أعماله الخاصة يكون صحيحا ملزما . أما إذا اشترطت المرأة فى عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج فى أعماله الخاصة أو يمس حقوق غيرها كان الاشتراط صحيحا ولكنه ليس بملزم للزوج ، فاذا لم يف الزوج به فللزوجة المشترطة طلب فسخ النكاح (م١٤). ويؤدى تصحيح الشروط على هذا النحو والتفريق بين الشروط الملزمة وغير الملزمة إلى الحفاظ على مصالح الزوجة ورفع مركزها فى الزواج . ويتفق القانون العراقى والأردنى فى هذا (م١٩ أردنى) .

٣- رفع القانون سن أهلية الزواج للفتى إلى ١٨ عاما وللفتاة إلى ١٧ عاما (م١٦) وإن كان للقاضى أن يأذن بزواج الفتى البالغ خمسة عشر عاما (م١٨) .

٤- أعطى القانون الحق للقاضى فى ألا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعى وكان الزوج قادرا على نفقتهما (م١٧)

٥- للقاضى ألا يأذن بالزواج كذلك لعدم المناسبة بين الزوجين

فى السن (م١٩).

٦- حق القاضى فى أمر الزوج بإسلاف زوجته شيئا من نفقتها قبل الانتهاء إلى تقديرها ، حفظا لمصلحة الزوجة ومنعا للأزواج من التهرب . ولهذا الحكم قيمة كبيرة فى حماية المطلقات والزوجات من المماطلة وتعمد التأخير . ويقدر القانون الحق فى الحكم بإسلاف الزوج زوجته بنفقة شهر يمكن تجديد الإسلاف بعده (م٨٢) ، وكان من الأفضل أن يستمر الإسلاف إلى حين الحكم بتقدير النفقة .

٧- اتفق مع مرسومى ١٩٢٠ ، ١٩٢٩ المصريين فى إيقاع الطلاق المتعدد واحدا (م٩٢) وعدم وقوع طلاق السكران والمكره (م٨٩) والطلاق غير المنجز إذا لم تكن النية فيه إلى التفريق (م٩٠) وفى حق التفريق للزوجة بالعيوب (م١٠٥) وبالغيبة دون عذر (م١٠٩) وبعدم إنفاق الزوج (م١١٠) وللشقاق (م١١٢ ومابعدها) ، وأجاز فوق ذلك للقاضى أن يحكم بتعويض المطلقة إذا كان الزوج متعسفا فى طلاقه على ألايتجاوز هذا التعويض قيمة نفقتها فى ثلاث سنوات (م١١٧).

وقد أخذ فى الميراث والوصية بما أخذ به القانون المصرى من أحكام . أما السعودية وعمان والإمارات وقطر فقد ابتعدت عن هذه التطورات ولم تشارك فيها إلى حد كبير . غير أن اليمن الجنوبية الديموقراطية الشعبية كانت قد أصدرت عام ١٩٧٤ قانون الأسرة فى أواخر العهد بنظامها الاشتراكى . وجاء فى مقدمة هذا القانون التعبير عن أهدافه فى «دعم نضال المرأة اليمنية ضد التفرقة ودعم مساواتها بالرجل والعمل على تأكيد دور الأسرة فى بناء المجتمع ، وهدم التقاليد البالية التى استلزمت إعطاء المرأة لمن يدفع لها أكثر» .

أما مضمون هذا القانون الذى تناول أحكام الخطبة والزواج والطلاق والنسب وحضانة الأولاد فيشتمل على كثير من الأحكام

التى لا تشهد لها الأصول الشرعية ؛ إذ يوجب هذا القانون ألا يزيد المهر عن مائة دينار ، كما أنه لا يجيزالتعدد إلا فى ظروف خاصة ، ولا الطلاق إلا بحكم القاضى بناء على أسباب معينة ، ويحق لأى من الطرفين رفع الأمر للقاضى للحصول على الطلاق عند توافر هذه الأسباب . ويلزم هذا القانون أن يتقاسم الزوج والزوجة نفقات الزواج وتأسيس منزل الزوجية وتكاليف الحياة الزوجية والإنفاق على الأولاد .

وقد فرضت الحكومة الصومالية فى عهد محمد سياد برى التى كان لها هذا التوجه الاشتراكى فى ١١ من يناير ١٩٧٥ قانونا مماثلا للأسرة [٢] ويتضمن ذات الأحكام المغايرة للتقاليد والتى لا تشهد لها الأصول الشرعية كذلك . ومن الواضح أن مثل هذه الصيغ القانونية لا مستقبل لها ولا سبيل لاستمرارها ولا تمثل المنهج الرصين القويم للإصلاح والتجديد فى مجال الأسرة ، وهى ليست قوانين للتطوير بل للتغيير .

٤- فى الشمال الأفريقى :

هبت رياح التطوير والتغيير فى قوانين الأسرة المطبقة فى الشمال الإفريقى؛ ففى عام ١٩٤٧ شكلت وزارة العدل فى تونس لجنة للنظر فى قوانين الأسرة بالإفادة من المذهبين المالكى والحنفى والأخذ منهما ما يحقق المصالح الأجتماعية فى ضوء الظروف الحديثة ، وقدمت اللجنة مشروعها الذى لم يتجاوز ماهو مدون فى مؤلفات الفقه المألوفة، فلم يؤخذ بشيء من هذا المشروع . وفى عام ١٩٥٦ صدر قانون قضى بإلغاء المحاكم الشرعية وبأيلولة ملكية الأوقاف العامة إلى الدولة كما قضى هذا القانون بتحريم التعدد فى الزواج واعتباره جريمة معاقبا عليها ، وهو ما يخالف النص القرآن القاضى بإباحته ، وانتهى هذا القانون ، كذلك إلى جعل الطلاق بيد القاضى الذى يحكم به إذا اتفق عليه الطرفان أو إذا أراده أحدهما بناء على وجود سبب من الأسباب التى يحددها القانون . أما إذا أراده أحدهما دون موافقة الآخر

عليه ولم يوجد سبب يبرره من بين الأسباب التى حددها القانون فإن على القاضى أن يحكم بالتعويض على الطرف الذى أصر عليه، سواء كان هو الزوج أو الزوجة (م٣١). ويكشف هذا القانون بذلك عن هدفه فى تحسين مركز المرأة فى المجتمع التونسى العربى. غير أنه يوجب على الزوجة فى المادة رقم ٢٣ أن تشارك فى تحمل تكاليف أعباء الحياة الزوجية إذا ما قدرت على ذلك. ويدل هذا على أن الأهداف الإصلاحية فى التشريع الأسرى لا تنهض بها الوسائل المختارة لتحقيقه فى كثير من الأحوال. إن الظروف الاقتصادية للمرأة فى مجتمعاتنا فى الأعم الأغلب من الأحوال ظروف صعبة، ولذا كان فرض التعويض المالى لها فى الطلاق نوعا من الإصلاح الذى تقبلته التشريعات العربية بالاستناد إلى النصوص الشرعية، أما تكليفها بالأعباء المالية فلا يتناسب مع هذا الهدف فى تقديرى. ولومع تقييده بشرط القدرة الذى سيثير من المشكل فى إثباته وفى الاتفاق على نسبة المشاركة أكثر مما يقدم من حلول، وسيتندرع به بعض الأزواج فى الإفلات من واجب الإنفاق على الزوجة والأولاد، وهو تدمير لقدرة الأسرة على القيام بوظائفها.

ويتناقض مع النصوص الشرعية تناقضا واضحا لالبس فيه الحكم الذى جاء فى المادة الثلاثين منه والذى يقضى ببطلان أى أثر للطلاق الذى يوقعه الرجل بنفسه بعيدا عن المحكمة. وبدلا من ذلك فقد أخذ القانون المغربى الصادر علم ١٩٥٨ بوقوع مثل هذا الطلاق مع إيجاب التعويض للزوجة، ولاخروج فى الحكم بذلك على مجموع أقوال الفقهاء المسلمين. وكذا فإن هذا القانون يحرم التعدد إن خيف الوقوع فى الجور، لكن لاحق للمحكمة فى التدخل لمنعه، ويأتى دورها بعد وقوعه لإعطاء الزوجة الحق فى التفريق إن ثبت الإضرار بها.

ويتضمن قانون الميراث التونسى الصادر عام ١٩٥٩ نوعا من التجديد الذى استمده من الفقه الشيعي؛ إذ قضى هذا القانون بحجب

الإخوة والأخوات بوجود الفرع الوارث مطلقا سواء كان مذكرا أو مونثا . وطبقا لهذا فإن وجود البنت أو بنت الابن يمنع إخوة الميت وأخواته من الميراث . ويتجه القانون بهذا إلى إحلال الأسرة الضيقة اللصيقة محل الأسرة الواسعة الممتدة .

خصائص التجديد فى مجال الأحوال الشخصية وطبيعته

لعله قد اتضح لنا من متابعة نماذج التجديد السابقة فى عدد من البلاد الإسلامية فى مجال الأحوال الشخصية أن هذا التجديد يتميز بعدد من الملامح التى يمكن إجمال أهمها فيما يلى :

١ – تتنوع مناهج التجديد من حيث اقترابها من المصادر الشرعية بتفسيراتها المألوفة أو اتجاهها إلى تكريس المفاهيم القانونية الغربية ، أسوة بما تحقق فى المجالات التشريعية الأخرى . ويمكن التمييز فى هذا بين ثلاثة اتجاهات ، وتقسيم التشريعات الإسلامية والعربية وفق ذلك إلى ثلاث مجموعات ، أولاها هذه المجموعة المحافظة على تقاليد التطبيق الشرعى بصورته المألوفة دون أن تشارك فى التطور الحديث بإصدار قوانين موضوعية مستمدة من المذاهب الفقهية المتنوعة . ولا نلمح فى بلاد هذه المجموعة من التغيير سوى ماطرأ على نظام التقاضى ودرجاته الابتدائية والاستئنافية . وتضم هذه المجموعة كلا من المملكة العربية السعودية وجاراتها الأخرى ولعل السبب فى ذلك هو عدم وجود الحاجة الاجتماعية إلى التجديد أو الرغبة فيه .

وتضم المجموعة الثانية كلا من مصر وسوريا والعراق والأردن والمغرب والسودان وعدد آخر من البلاد الإسلامية التى التزمت فى تجديداتها بمناهج الفقه الإسلامى فى أكثر الأحوال ولم تخرج على هذه المناهج والأحكام الفقهية إلا إلى نوع من الاجتهاد الذى يقوم على الالتزام بالمصادر الشرعية المعتمدة .

أما المجموعة الثالثة والأخيرة فقد أخذت بمنهج لا يتقيد فى

بعض الأحوال بمناهج التفكير الفقهى المألوفة وخاصة فى التصدى لبعض القضايا المثيرة للجدل والخلاف مثل قضية تحريم التعدد وجعل الطلاق بيد القاضى . من ذلك القانون الصومالى واليمن الجنوبى المشار إليها قبل قليل ، وكذا القانون التونسى الذى انطوى على كثير من أوجه التناقض مع الاجتهادات الفقهية المقبولة ومع الأسس العامة لهذه الاجتهادات . ولا يظفر هذا المنهج بأى نوع من القبول الشعبى، كما أن تحقيقه لأى نوع من الإصلاح أمر مشكوك فيه . وهو بهذا يتناقض مع مقصوده ولا يؤدى إليه .

وينبغى أن يفتح باب الاجتهاد للإصلاح بالمناهج الفقهية إن أردنا التأثير والفعالية والإسهام الحقيقى فى التغيير الاجتماعى عن طريق التشريع . ومن الواضح لهذا أن المجموعة الثانية التى تعمدت الإصلاح باتباع المناهج الفقهية المقبولة هى التى تضم العدد الأكبر من البلاد العربية والإسلامية . وفى ظنى أن البلاد التى لم تنخرط فى هذا الإصلاح التشريعى بسبيلها إليه ، والأقرب إلى الاحتمال أن تنضم للمجموعة الثانية وأن تقبل مناهجها ولو بقدر من التحفظ والتحوط وتوقى مظان الشبه .

٢- يلاحظ أن هذه التجديدات لا تنبع من الإرادة الشعبية فى كل الأحوال، بل قد تلجأ الدولة بأجهزتها التشريعية والقضائية إلى فرض هذه التجديدات . ومن القوانين التى ارتبطت برأى الناس وعبرت عن مطالبهم قوانين الميراث والوصية والوقف ١٩٤٦ فى مصر ، حيث صيغت المقترحات ونشرت على الجمهور لطلب الرأى فى هذه المقترحات ، ثم أعيد صياغة الأحكام المقترحة وأعيد عرضها على الناس وأخذ العلماء فى التعبير عن رأيهم فيها بعقد المحاضرات والندوات وفى وسائل الإعلام ثم نوقشت فى المجالس النيابية. وقد ضمن هذا الأسلوب تلقى الناس لهذه المشروعات بالقبول واستعدادهم لتطبيقها وحسن تحقيقها لأهدافها الإصلاحية . ويقينى أن هذا

الأسلوب لا معدى عنه ولا يجوز اللجوء لغيره لفرض رأى فئة أو حكومة ، لأن شرط تحقيق الإصلاح بأى قانون هو تقبل الناس له ورضاهم به . أما أمثلة القوانين التى فرضت على الناس دون أخذ رأيهم فكثيرة ، من أحدثها المشروع رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧٩ ، وقد انتهى به الأمر إلى عدم إقراره لتعجل الرئيس السابق فى إصداره دون عرضه على مجلس الشعب . ويرتبط أسلوب فرض القوانين بتدبير الحكومة مع فشل مثل هذه القوانين فى تحقيق الأهداف المنوطة بها . ويدل على ذلك المصير الذى انتهى إليه قانون الميراث العراقى الصادر عام ١٩٥٩ والمستمد من التقنين العثمانى الخاص بميراث الأراضى الأميرية والمأخوذ بدوره من القانون الألمانى . وقد كان الهدف من إصدار القانون العراقى هو توحيد الأحكام المعمول بها على أساس قومى ، حيث رأت الحكومة آنذاك أن التباعد بين أحكام المذهبين الحنفى والشيعى فى الميراث يشكل مانعا من إيجاد صيغة تحقق هذا التوحيد ، فقررت وضع نظام أجنبى محايد موضع التطبيق ، معتقدة أن هذا النظام هو الذى يجب أن يحظى بقبول أهل السنة والشيعة معا، ولم يتحقق شيء من هذا فتم إلغاء هذا القانون فى فبراير ١٩٦٣ وحل محله قانون مستمد من الفقه الإسلامى.

ويلاحظ أندرسون أن أحكام الأسرة فى القانون المدنى التركى المأخوذة من القانون السويسرى عام ١٩٢٦ ظلت نصا ميتا لا يلجأ لتطبيقه أحد ، وظل الناس يطبقون الأحكام الفقهية فى زواجهم إلى أن جاءت الحرب الكورية ، وانخرط الأتراك فى صفوف الجيش ، ووجدوا أنهم لا يستطيعون أخذ رواتب المتزوجين ، كما لا تستطيع الأرامل أخذ معاش أزواجهم فى إطار أحكام القانون المدنى ، فاضطر الأتراك عند ذلك إلى عقد زواجهم وفق أحكام هذا القانون.

٣- تعدد الاجتهادات وتنوعها فى التصدى للمشكلات المطروحة ، مما ينبيء بعدم الاستقرار على مناهج ثابتة ومنضبطة فى

النظر الفقهى الحديث ، ويفتح هذا الباب لكثير من عواصف التبديل والتغيير ، يكشف عنه صدور مرسوم رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧٩في مصر ثم الحكم بإبطاله ووقفه بحكم قضائى ليصدر المرسوم نفسه عام ١٩٨٥ متضمنا بعض التعديلات . وكذا صدر فى مصر أيضا قانون الوقف عام ١٩٤٦ متضمنا إقرار الأوقاف الأهلية مع الحكم بتأقيتها لمدة ستين عاما أو جيلين من المنتفعين ، ثم صدر بعد ذلك بقليل عام ١٩٥٢ قانون يقضى بإلغاء الأوقاف الأهلية. ولا يمر عام حتى يصدر قانون آخر بشأن النظر على الأوقاف الخيرية وإدارتها . ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد ، فقد صدر فى مصر عدد كبير من القوانين المتعلقة بالوقف فى مدة تقل عن عشر سنوات منذ قيام الثورة . وتقديرى أنه يجب الاتفاق على الاستماع لرأى الخبراء وقادة الرأى والمتخصصين والبعد عن التحايل فى فرض مالايريده الناس . ويجب على المتخصصين فى الوقت نفسه العمل على استخلاص المناهج الفقهية المقبولة والاهتمام بدراسة الاجتهادات الفقهية الحديثة وأسبابها ومدى النجاح أو الفشل الذى صادفته فى تحقيق الأهداف المرجوة منها .

* * *

الفصل السابع

الفقه الإسلامي والنظم القانونية الحديثة

تقديم :

درج مؤرخو التشريع الإسلامى فى العصر الحديث على تناول نمو الفقه الإسلامى الذاتى وتطوره الداخلى دون أن يقدموا أى تصور عن علاقة الفقه الإسلامى بغيره من النظم القانونية الأخرى ، سواء فى مراحل نموه المختلفة أو فى العصر الحديث . ويقوم هذا التجاهل على افتراض أن الفقه الإسلامى نظام قانونى منعزل عن غيره من النظم القانونية الأخرى لا شأن له بها ولم يؤثر فيها ولم يسهم فى تطويرها . ويؤدى هذا الافتراض إذا تم التسليم به إلى زيادة عزلة الباحثين فى الفقه الإسلامى ووقوفهم عند الحدود الخاصة بهم ، دون تطلع إلى فهم ما عند غيرهم وهضمه وتمثله والإفادة منه والإضافة إليه . إن الصورة التى يجب على مؤرخ التشريع الإسلامى أن يقدمها مؤلفة من وجهين ، أولهما ملمح النمو الذاتى للفقه الإسلامى ، والملمح الآخر هو علاقة النظام الفقهى بغيره من النظم القانونية الأخرى . ويفيد تناول علم تاريخ التشريع الإسلامى لهذين الملمحين فى تأكيد الأساس الفلسفى والنظرى للدراسة القانونية المقارنة ، وخاصة بعد دخول كثير من النظم القانونية لبلادنا ، وبعد أن أصبح الفقه والقانون يتقاسمان عقل الطالب وقاعات الدرس ومنصات المحاكم . ومن جهة أخرى فإن من الواجب أن نعرف لذات المعرفة حقيقية الدور الذى قام به الفقه الإسلامى فى تطوير النظم القانونية العالمية .

وعلى سبيل المقارنة فإن تجاهل مؤرخى التشريع طبيعة العلاقة بين هذا التشريع وبين النظم القانونية الغربية يقابله اهتمام مؤرخى القانون الانجليزى بالإشارة إلى بعض جوانب هذه العلاقة . وتأتى إشاراتهم هذه لتفسير ظهور بعض المفاهيم القانونية التى يؤرخون لها فى تاريخ تشريعهم . وأخص بالذكر كتابHoldsworth وعنوانه A

History of English Law وهو كتاب فى ستة عشر مجلدا ، وفيه إشارات عديده لبعض مناحى تأثير الفقه الإسلامى فى القانون الإنجليزى على النحو الذى يمكن أن يكون ذا فائدة كبيرة فى تحديد ملامح العلاقة بين الفقه الإسلامى والنظم القانونية الغربية .

وأتناول علاقة الشريعة الإسلامية بالنظم القانونية الغربية فى المباحث التالية

المبحث الأول

الفقه الإسلامي والقانون الروماني

تقديم :

حلت الشريعة الإسلامية محل القانون الروماني في البلاد التي فتحها العرب، والمسلمون في القرن الأول الهجري ، لمصر والشام وبلاد الشمال الإفريقي وقام الفقهاء المسلمون بواجبهم في مراجعة الأوضاع القانونية السائدة في هذه البلاد المفتوحة ، وقبلوا منها ماراوه موافقا لمبادىء الشريعة الإسلامية وأصولها ورفضوا منها ما يعارض هذه المبادىء ؛ فهل تأثر الفقهاء المسلمون بقواعد القانون الروماني وأحكامه في بناء نظامهم التشريعي ؟ أم أنهم بتحكيمهم القواعد التشريعية التي جاء بها القرآن وفصلتها السنة النبوية قد استطاعوا بناء نظام قانوني خاص ومستقل يتميز عن القانون الروماني ، ولا يتشابه معه إلا في الملامح العامة التي تشترك فيها النظم القانونية جميعها ؟

في الإجابة عن هذا السؤال اتجاهان ، يميل أولهما إلى أن القانون الروماني قد أثر في الفقه الإسلامي . و يميل إلى هذا الرأى المستشرقون وعدد من أساتذة القانون، على حين ينفي أصحاب الاتجاه الآخر أي تأثير للقانون الروماني على بناء الفقه الإسلامي . وفيما يلي تفصيل هذين الاتجاهين .

الاتجاه الأول : إثبات تأثير القانون الروماني :

يذهب شاخت وكولون وأندرسون وعدد آخر من المستشرقين و د . شفيق شحاته إلى أن الفقه الإسلامي قد تأثر بالقانون الروماني تأثرابعيد المدى . وأدلة أصحاب هذا الاتجاه على رأيهم فيما يلي :

١ـ اتبعت سياسة الأمويين مبدأ الاحتفاظ بالبنية الإدارية القائمة في البلاد المفتوحة . وكان هذا هو المدخل الطبيعي الذي تطرقت إليهم منه كثير من المفاهيم والنظم التي تمتد بجذورها إلى حضارات

أخرى. وبهذا فإن كثيرا من الدواوين والإدارات والتنظيمات التى اتبعها الأمويون استمرت تخضع للقوانين الرومانية التى كان يجرى العمل بها قبل الفتح الإسلامى . ومما أخذه الأمويون عن الرومان وظيفة عامل السوق التى تطورت فيما بعد إلى نظام الحسبة التى وكل إلى صاحبها أمر الحفاظ على الآداب والأخلاق مع الإشراف على الأسواق كذلك، فيما يسوقه أصحاب هذا الرأى دليلا لهم .

٢- كان الالتقاء بين القانون الرومانى وبين الفقه الإسلامى فى وقت بلغ فيه القانون الرومانى غاية نضجه ، على حين كان الفقه الإسلامى فى بداية تكوينه، كما كان العرب والمسلمون فى عصر فتوحاتهم فى بداية تحضرهم على حين كانت البلاد التى فتحوها لمصر والشام فى درجة عالية من التمدن والتحضر ، ومن الطبيعى أن يؤثر أصحاب الحضارة والتمدن فى المنتصرين عليهم إذا كانت درجة حضارتهم أقل .

٣- التشابه الملحوظ بين بعض القواعد الجزئية فى الفقه الإسلامى والقانون الرومانى. وفى تقدير شاخت أن التشابه الملحوظ هوبين الفقه الإسلامى وبين القانون الرومانى القديم أو القانون البيزنطى المتأخر وإن لم يوجد مثل هذا التشابه مع تشريعات جوستنيان.

ومن أمثلة هذا التشابه قاعدة تغريم السارق بدفع ضعف قيمة المسروق فى الأحوال التى لا تطبق عليه فيها العقوبة الحدية ، وقاعدة نسبة الولد لأبيه بالزواج الموجود فى القانون الرومانى القديم والتى تماثل القاعدة الواردة فى السنة : « الولد للفراش »

غير أن هذه القاعدة الأخيرة ذات مغزى خاص ؛ فإنها لا تثبت تأثيرا أو تأثرا، لعموم الاعتراف بها فى النظم القانونية ، فإن الزواج لا يثبت شيئا إذا لم يثبت النسب للولد الذى تأتى به الزوجة . ويجه ذلك إلى الأمثلة الأخرى التى ذكرها شاخت لتوضيح التشابه .

أما أصحاب الرأى الآخر الذى ينفى تأثير القانون الرومانى فى الفقه الإسلامى فيستدلون لذلك بالأدلة التالية :

١- لم تثبت ترجمة أى من كتب القانون الرومانى إلى اللغة العربية فى فترة تكوين الفقه الإسلامى ، مما يدل على انصراف المسلمين عن هذا القانون وعدم حاجتهم إليه . أما الكتب التى ترجمت إلى اللغة العربية مثل الكتاب السورى الرومانى الذى اشتمل على بعض قواعد القانون الرومانى والوجيز الذى وضع باللغة الإغريقية بأمر الملك بازيل عام ٨٧٠م ومجموعة المختارات فلم تترجم إلا بعد نضوج الفقه الإسلامى واكتماله ، إذ ترجم الأول فى عام ١١٠٠ والثانى فى بداية القرن الثالث عشر والثالث فى بداية القرن الرابع عشر.

٢- تأثرت المؤلفات القانونية التى وضعها رجال الكنيسة بأحكام الفقه الإسلامى. من ذلك مجموعة ابن العسال (١٢٣٨م) التى اعتمد فيها مؤلفها على الفقه المالكى والوجيز البيزنطى، والتى وضعها باللغة العربية، ومجموعة ابن الطيب المتوفى عام ١٠٤٣م، وكذلك مجموعة ابن العبرى التى ألفها صاحبها من الفترة ما بين١٢٥٠م و١٢٦٣م واعتمد فيها مؤلفها على المذهب الشافعى فى غير بعض مسائل الأحوال الشخصية ، وكتبها باللغة السريانية . ويعنى تأثير أصحاب هذه المجموعات بالفقه الإسلامى أن فقهاء القوانين الكنيسة قد وجدوا بغيتهم فى هذا الفقه أكثر مما وجدوه فى غيره، مما يدل على أن الفقهاء المسلمين هم الذين أثروا فى غيرهم .

٣- الاختلاف بين الفقه والقانون الرومانى فى المصادر والمقاصد وأسلوب التطور؛ فقد صدر القانون عن الأعراف وتطور بفضلها، وساعد على هذا التطور بعض القوانين المحدودة ، مثل قانون الألواح الاثنى عشر الذى يرجع إلى القرن الخامس قبل الميلاد. أما الفقه فقد تمثلت مصادره فى القرآن والسنة والإجماع والقياس ، واعتمد فى تطوره على مراجعة الأعراف والمشكلات التى تظهر فى المجتمع على

ضوء النصوص الشرعية لقبول ما يتفق مع هذه النصوص ورفض ما لايتفق معها . ويقصد القانون الرومانى إلى تحقق غايات نفعية محضة فى حفظ مصالح الناس بما يكفل النظام والاستقرار فى المجتمع . وقد كانت االآفاق التى تحدد هذه المصالح ضيقة محدودة ، حيث ركز النظر على المصلحة الفردية ، فجاءت نظمه مشبعة بروح الأثرة والأنانية وتقديم المصالح الخاصة على المصالح العامة ،ولذا لا يحاسب الشخص إذا أساء استعمال حقه ؛ إذ يتضمن التسليم بالحق فى هذا القانون جواز إساءة استعماله . أما المصلحة التى يقصد الفقه الإسلامى إلى تحقيقها فهى مصالح تشمل حياة الإنسان فى الدينا والآخرة ، ويقدم المصالح العامة على المصالح الخاصة ، ويحاسب على التعسف فى إساءة استعمال الحق .

وهذا الاختلاف بين هذين النظامين فى المصادر والمقاصد وأسلوب التطور هو ما يعبر عنه المستشرق الفرنسى زيس بقوله : « أشعر حينما أقرا فى كتب الفقه الإسلامى أننى قد نسيت كل ما أعرفه عن القانون الفرنسى أو عن القانون الرومانى، وأصبحت أعتقد أن الصلة منقطعة بين هذين القانون، فبينما يعتمد قانوننا على العقل البشرى تقوم الشريعة الإسلامية على الوحى الإلهى .. فكيف يتصور التوفيق بين نظامين قانونيين وصلا الى هذه الدرجة من الاختلاف»

٤- الاختلاف بين الفقه الإسلامى والقانون الرومانى فى كثير من النظريات والقواعد الفقهية ؛ إذ لا يعترف القانون الرومانى بنظرية الضرورة التى صاغها الفقه الإسلامى على أساس من النصوص الشرعية الواردة فى القرآن الكريم والسنة النبوية. ومن تطبيقات هذه النظرية جواز فسخ عقد الإجارة بالأعذار وتخفيف العقوبة للاستفزاز ورفع العقوبة للدفاع الشرعى عن النفس أو العرض أو المال المسمى فى الفقه الإسلامى بدفع الصائل . وفى تقدير لا مبير الفقيه الفرنسى أن نظرية الضرورة فى الفقه الإسلامى «قد جاءت تعبيرا واضحا وشاملا عن

فكرة يوجد أساسها فى القانون الدولى العام فى نظرية الظروف المتغيرة، وفى القضاء الفرنسى فى نظرية الظروف الطارئة وفى القضاء الإنجليزى فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التى نشأت بسبب الحرب ، وفى القضاء الدستورى الأمريكى فى نظرية الحوادث المفاجئة .

وتقوم نظرية العقد فى الفقه الإسلامى على مجموعة من القواعد التى لم يعرفها القانون الرومانى ، من ذلك قاعدة تعادل الالتزامات بين أطراف العقد ، وهى أساس الحكم بفسخ الإجارة بالأعذار ، وقاعدة حماية الطرف الضيف فى العقد ، وهذا هو أساس شرع خيار الرؤية للمشترى وخيار الغبن وتحريم النجش أو التظاهر بشراء السلعة ورفع سعرها للتغرير بالمشترى الحقيقى وحثه على الشراء بهذا السعر المرتفع أو بما يقرب منه . ومن القواعد الأساسية التى لم يصل القانون الرومانى إلى صياغتها قاعدة وجوب وفاء المرء بما يتعهد به، وهى القاعدة التى ترجع إلى قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ، وكذلك قاعدة الرضا التى هى أساس إنشاء العقود .

ولم يصل القانون الرومانى فيما يتعلق بالمسئولية المدنية إلى التفريق بينها وبين المسئولية الجنائية . وكان تفريق الفقه الإسلامى بينهما حاسما وواضحا فيما نص عليه الفقهاء من أن القصد من الأولى هو جبر الضرر الواقع على حين أن القصد من الأخرى هوزجر الجناة .

وكذلك كان القانون الرومانى يعطى الدائن الحق فى التسلط على نفس المدين وماله إلى حد استرقاقه وبيعه فى الدين إن عجز عن الوفاء به على حين أن النصوص الشرعية لم توجب للدائن سلطة إلا على مال المدين مما يزيد عن حاجاته الأساسية .

أما فى الزواج فقد عرف القانون الرومانى نوعين منه ، أولهما الزواج مع انتقال السيادة على الزوجة للزوج ، حيث تنقطع صلة

الزوجة بأسرتها بعد الزواج وينتقل انتماؤها للزوج ، والثانى الزواج بدون سيادة، حيث تستمر الزوجة فى خضوعها لسلطة الأب التى كانت تخضع له قبل الزواج . وقد تخلص القانون الرومانى فى العهد البيزنطى من النوع الأول من الزواج . ولا يعترف القانون الرومانى بمبدأ تعدد الزوجات الذى اعترفت به النصوص الشرعية وأباحته . أما فى الطلاق فقد انتقل القانون الرومانى من الاعتراف به و إباحته لأى من الطرفين إلى تقيده فى حق الطرفين كذلك، ولم ينتقل إلى مرحلة التقييد إلا بعد اعتناق المسيحية بقرون عديدة . أما الفقه الإسلامى فقد أخذ بإباحة الطلاق وجعله فى يد الرجل بناء على ما أثبتته النصوص الشرعية كما أعطى للزوجة الحق فى طلب التفريق لعيب فى الزوج أو لعدم إنفاقه عليها أو لإضراره بها وحدوث الشقاق بينهما .

وكان للميراث فى القانون الرومانى قواعده الخاصة ، حيث أخذ هذا القانون بانتقال المال إلى فروع الميت أولا مع التسوية بين الذكور والإناث ، فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء الفروع انتقل الاستحقاق إلى الأصول والأخوة والأخوات الأشقاء مع المساواة بين الذكور والإناث. وقد صاغ الفقه الإسلامى قاعدة الفصل بين ذمة الميت وذمة الورثة، بحيث لا يكون الورثة مسئولين عن ديون الميت إلا فى حدود أنصبائهم فى تركته . أما فى القانون الرومانى فيختلف الأمر عن ذلك ، إذ تختلط ذمة الورثة بذمة المورث ، ولذا تنتقل حقوقه والتزاماته إليهم ، ويجب عليهم لهذا أن يدفعوا ديونه ولو من أموالهم الخاصة ، وهم بهذا يخلفونه فيماله وفيما عليه .ولم تتطور كثير من المفاهيم التشريعية فى القانون الرومانى على النحو الذى وصلت إليه فى الفقه الإسلامى. من ذلك نظرية النيابة فى التعاقد التى قطع فيها الفقه الإسلامى شوطا بعيداً، حتى فرق بين الوكالة والرسالة ، ورد أحكام العقد إلى الموكل واعترف بمفهوم الفضالة . وقد وصل النضج فى صياغة نظرية النيابة إلى الحد الذى انعكس فى صياغة كثير من التفسيرات المتعلقة بسلطة الحاكم والخليفة وحدود هذه السلطة .

ويجب القول بأن هذه المفاهيم التى لم يعرفها القانون الرومانى لاتشكل مجرد نواقص فى بناء قانونى متكامل بقدر ماتدل على ضعف هذا البناء وحاجته إلى التطور والارتقاء، وهذا هو الدور الذى قدمه الفقه الإسلامى للتفكير القانونى الإنسانى. وذلك أن هذا الفقه يهدف إلى تحقيق غايات أخلاقية رفيعة فاستطاع بفضل هذه المقاصد أن يحدد الطريق وأن ينتقل بالتفكير القانونى الإنسانى إلى آفاق واسعة رحيبة، سواء فى مجال القانون العام أو الخاص .

ومن هذا كله يتضح أن الفقه الإسلامى نظام قانونى متميز ومستقل عن القانون الرومانى ، لم يتأثر بصياغاته ولا بقواعده القانونية، ولا يرجع التشابه بينهما إلا إلى الأمور العامة التى تتوافق فيها النظم القانونية المتباعدة .

***

المبحث الثانى

الفقه والقوانين الغربية

تقديم :

قدم الفقه الإسلامى نظاما متطورا إلى حد كبير ، وكشف عن كثير من النظريات القانونية الراقية ، فى الوقت الذى كانت أوربا تخطو خطواتها الأولى فى تطوير الفكير القانونى فيها وتخليصه من ظلام العصور الوسطى . ولذا فقد كان التطبيق القانونى وسير العدالة الجنائية فى العالم الإسلامى محل إعجاب العديد من الأوربين وأصحاب الرأى والقادة منهم . وأدع أريبل هيد Uriel Heyd يعبر عن هذا الإعجاب بتطبيق القانون الجنائى الإسلامى فى الولايات العثمانية الأوربية بقوله «لقد كان تطبيق القانون الجنائى العثمانى محل إعجاب المراقبين الأوربيين فى القرن السادس عشر والسابع عشر والثامن عشر ، ليس لما يتمتع به هذا القانون من كفاءة ودقة فحسب بل لعدالته كذلك ، خاصة إذا ماقورن بنظائره الأوربية فى هذه الأثناء . وإذا وضعنا فى الاعتبار ما كان يعانيه المتقاضون الأوربيون من طول أمد التقاضى وارتفاع تكلفته . وإنما استثار دهشة هؤلاء المراقبين ماكانوا يلاحظونه من كثرة القضايا التى كانت تفصل فيها المحاكم العثمانية فى جلسة واحدة ، وندرة القضايا التى تذهب إلى محاكم الاستئناف. وفى رأى هؤلاء المراقبين أن سرعة الفصل فى هذه القضايا على هذا النحو وتطبيق العقوبات الرادعة وكفاءة جهاز الشرطة كان من بين الأسباب التى أدت إلى انخفاض معدلات ارتكاب الجريمة فى الأقاليم الواسعة والمتنوعة للدولة العثمانية» .

وإذا كان هو الحال فى تطبيق القانون الجنائى الإسلامى فى الغرب الأوربى فإن هذا هو الحال كذلك فى الهند بشهادة واربين هستنجز حاكم البنغال فى الربع الثانى من القرن الثامن عشر ومهندس

قانون العقوبات الهندى على حد تعبير اللورد دنينج . يقـول War-ren Hastings : «لندع اختبار مدى عدالة تطبيق هذه العقوبات (يقـصـد عقـوبات الفقـه الإسلامى) إلى الواقع العـملى . ذلك أنه لا توجد وقائع كثيرة لارتكاب السرقة مع الإيذاء للمجنى عليهم أو قتلهم Robbery فى الهند فى تلك المقـاطعـات التى يسـود فـيـهـا الاحـتكام لتلك العقوبات (أى الشرعية) ونادرا ما تحدث فى هذه المناطق حادثة قتل . ويستطيع المسافر التجول فى الإقليم كله دون أن يحمل سلاحا . وله أن ينام مطمـئن البـال فى مكان واضح لا يخـشى شيـئـا سـوى الحيوانات المتوحشة » ومع ذلك فانه فى العام الذى قدم فيه تقريره هذا(٧٧٢) عـمل على إصـدار قانون يعاقب على السـرقة مع الإيذاء للمـجنى عليـهـم أو قتلهم Robbery بقـتـل الجناة بين ذويهـم وفى قراهم مع فرض غرامات على الفلاحين من أهل هذه القرى، وتسخير أقارب هؤلاء الجناة فى العمل لحساب السلطة فى مناطق بعيـدة عن ديارهم . وليس الهدف من إصدار هذا القانون والعقاب بهذه العقوبات التى اتناول أهل الجانى وذويه وسكان القـرية التى ينتـمى إليـهـا سـوى تخويف المواطنين وإرهابهم . ومن الطبيعى أن يكون القانون الإنجليزى هو الأنسب لتحقيق هذا الهدف .

ويوازن الدكـتـور على راشـد بين العـدالة الجنائيـة الشـرعيـة فى العصور الوسطى وبين النظم الجنائية الغربية فى الوقت نفسه ، فيقول : « لئن كانت الشريعة الإسلامية قد أضاءت العصر الوسيط الإسلامى بنظريتها المتكاملة فى المسئولية العقابية ، أو الجنائية الأخلاقية ، التى أقامت عليـهـا العدالة الجنائية فى أمثل صـورها فإن العـصـر الوسـيط الأوربى ساده على العكس الظلام والظلم والطغيان ، فإنه تحت سيطرة العـاطفـة الدينيـة وتسلط الكنيـسـة ... دخلت أمـثـال أعـمـال السـحـر والشعوذة فى عداد الجرائم التى يعاقب عليها القانون الكنسى بالإعدام على سبيل الانتقام والتفكير الدينيين . أما السلطة الزمنية فى يد الملوك

والحكام فقد بلغت من الإطلاق حدا ضاعت معه كل ضمانات العدالة الاجتماعية ، فكانت السلطة التنفيذية تزج بالناس فى الأقبية والمعازل دون محاكمة . واستبد القضاة .. بل لقد بلغ الأمر حد إهدار المظاهر الأولية للعدالة الجنائية المؤسسة على فكرة الذنب والاختيار ، فكانوا يعاقبون المجانين ، ويعاقبون أقرباء الجانى وذويه .. أما فى التحقيق والمحاكمة فقد انعدمت كل الضمانات . بل إن التنكيل والتعذيب لحمل المتهم على الإقرار والاعتراف كان بذاته وسيلة مقررة فى الإثبات الجنائى . وكان الأمر أسوأ حالا فى تنفيذ العقاب ؛ فان الإعدام ، وهو العقوبة المطبقة فى أغلب الجرائم كان ينفذ بوسائل وحشية تقشعر من هو لها الأبدان ، كإحراق المجرم حياً، أوربطه فى أربعة خيول تساق إلى اتجاهات مختلفة . ونظام الإعدام بالخازوق الذى نفذ فى سليمان الحلبى ليس إلا من تطبيقات هذه الوسائل الشيطانية.

وهذه هى المبادىء التى كانت تحكم السياسة الجنائية فى انجلترا أيضا؛ فقد كان الإعدام هو العقوبة فى أكثر من مائتى جريمة بقصد الانتقام من الجانى ولوكان طفلا فى السابعة . ولم يكن مبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة معروفا فى انجلترا فى هذه الفترة فعوقب بالإعدام فى بعض الجرائم البسيطة . وقدر عدد الذين أعدموا فى عهد الملك هنرى الثامن بمائتين وسبعين ألفا . أما طرق تنفيذ عقوبة الإعدام هذه فكان منها قطع الرأس والشنق والحرق والخنق والخازروق والرمى من مكان مرتفع والتمزيق بربط المجرم فى الخيول ، ولم تلغ طريقة وضع المتهم فى مرجل تغلى فيه المياه إلا سنة ١٥٤٧ ، كما لم تلغ طريقة الحرق بالنار إلا سنة ١٧٩٠ .

وفى تلك الأثناء كان التشريع الجنائى الإسلامى على سبيل المقارنة قد وصل منذ أمد بعيد إلى حد الترقى والكمال بصياغة الفقهاء المسلمين لقواعد المسئولية تلك القوعد التى تنفى مؤاخذة الصبى والمجنون ، ولا تعاقب المخطىء ولا السكران، وكان الفقهاء

المسلمون قد أدركوا بوضوح بالغ مبدأ شخصية المسئولية الذى يقضى بالا يعاقب إنسان بفعل غيره، وأمدهم بهذا الوضوح تلك النصوص الشرعية العديدة التى تقضى بأن كل إنسان مسئول عن فعله هو لا عن فعل غيره وأنه لا تزر وزر أخرى. وكذلك عبر الفقهاء المسلمون بوضوح حاسم عن مبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة ، وحكموا بتفسير الشك لصالح المتهم ، بناء على ما يروى من قوله ﷺ: «ادرأوا الحدود بالشبهات، ولأن يخطيء الإمام فى العفو خير من أن يخطيء فى العقوبة». وحدد هؤلاء الفقهاء الهدف من العقوبة فى إصلاح الجانى وزجره هو وغيره عن ارتكاب مثل الجناية المعاقب عليها. وتنحصر الجرائم المعاقب عليها بالقتل فيما حددته النصوص فى الزنا بعد إحصان وفى العدوان على النفس الإنسانية على سبيل العمد وفى الحرابة والردة. وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا يحل دم امريء مسلم إلا بإحدى ثلاث: زنا بعد إحصان ، وكفر بعد إسلام، وقتل النفس التى حرم الله قتلها»

وإذا كان الحال فى نهاية العصور الوسطى هو تفوق التفكير القانونى الإسلامى على هذا النحو فى مقابل ضعف التفكير القانونى الغربى الذى كان قد بدأ يتلمس طريقه للنهوض فإن لنا أن نفترض وجود نوع من تأثير الفقه الإسلامى فى القوانين الغربية . ويرجح يوسف شاخت هذا الافتراض، ويذهب إلى أن الفقه الإسلامى كان قد بدأ التأثير على القوانين الغربية فى العصور الوسطى. ويؤيد هذا الذى ذهب إليه بانتقال بعض مصطلحات هذا الفقه إلى القوانين الغربية مثل كلمة Cheque التى نجد أصلها فى كلمة «صك» العربية، وكلمة Aval الفرنسية إنما هى تحريف لكلمة حوالة العربية، وكذلك فإن الكلمة اللاتينية Mohatara ليست إلا كلمة «مخاطرة» العربية، والكلمة الأخرى اللاتينية Sensale أو Sensal مأخوذة من الكلمة العربية سمسار. ويضيف شاخت أن الفقه الإسلامى بأحكامه التى

نظمت السفتجة (الكمبيالة) والحوالة قد جعل ظهور الأنشطة المصرفية، والتى لم يقم بها الصيارفة اليهود فحسب، بل والتجار المسلمون أيضا ، أمرا ممكنا فى العصور الوسطى.

ويفسر شاخت هذه الريادة للفقه الإسلامى وهذا التأثير على القوانين الغربية فى التعاملات التجارية بتفوق الأعراف السائدة فى البيئات الإسلامية فيما يتعلق بأنماط التعامل وأشكال التعاقد. لكن ذلك التفسير لا ينال من القضية الأساسية وهى إثبات تأثير الفقه الإسلامى فى القوانين الغربية فى مجال المعاملات. ومن الواضح أن نقل مثل هذه المصطلحات إلى اللغة اللاتينية التى كانت هى لغة القوانين فى العصور الوسطى دليل قوى على ثبات هذا التأثير، بل يدل على ماوراءه من احتمال النقل لكثير من الأحكام المتعلقة بالمعاملات التجارية والمدنية . ولعل هذا هو السبب فيما نلمحه الآن من أوجه التشابه العميقة بين نظريات العقد والحق والتعسف فى استعماله ووسائل توثيقه فى كل من الفقه الإسلامى وغيره من القوانين الأوربية الأصل المعمول بها فى البلاد الإسلامية ، ولعل هذا التشابه كذلك من الأمور التى يسرت استقبال هذه القوانين فى البداية، وهو الذى ييسر إجراء المقارنة بين الفقه الإسلامى وتلك القوانين .

ولا أكتفى فى إثبات أوجه التأثير الفقهى على القوانين الغربية بمجرد تقديم بعض أمثلة التشابه ، وإنما يلزم التعرض للصلات التاريخية حتى يمكن إثبات قضية التأثير والتأثر وهذا هو ما أبدأ به

٢- الصلات التاريخية :

تتنوع الصلات التاريخية بين العالمين الإسلامى والغربى عبر محاور عديدة، من بينها :

١- استقرار المسلمين بالأندلس ثمانية قرون منذ أن دخلتها جيوشهم عام ٩٢هـ ولا شك أن المسلمين قاموا بتطبيق أحكام

الشريعة الإسلامية فى هذه البلاد التى استقروا فيها ، كما قاموا بتدريس هذه الأحكام فى معاهدهم العلمية التى كان يؤمها طلاب العلم من أنحاء أوربا. وسيطر الإعجاب بالعلم العربى وبالثقافة العربية فى القرن التاسع الميلادى . ولذا يشكو أحد الكتاب المسيحيين فى هذا القرن من انكباب الشباب على دراسة اللغة العربية وكتب فقهاء المسلمين وفلاسفتهم لا لينقدوها بل ليتعلموا منها ، وانتهى بهم الأمر إلى عدم الإقبال على قراءة الكتب الدينية المسيحية.

ويشير عبدالله حسين الذى جمع بين دراسة القانون الفرنسى فى السوربون والفقه فى كلية الشريعة بالأزهر إلى تأثير الأندلس فى تيسير تأثير الفقه الإسلامى فى أوربا بقوله : « ليس الأخذ من مذهب الإمام مالك وليد سنة ١٨٠٥ ، بل منذ سنة ٢٠٠ من الهجرة، يوم كان يحكم به فى أوربا ، وكان الأندلس منار العلم ، وكانت أوربا فى جهالة عمياء ، يبيعون الإقطاعية بما عليها ومن عليها .. ووفد على الأندلس جميع سكان أوربا ، يغترفون من النور والعلم وأسس الحياة الصحيحة»

والحقيقة التاريخية التى لاخلاف عليها أن أوربا قد بدأت تعرفها على الفقه الإسلامى وأحكامه فى الأندلس وما حولها ، حيث كان يطبق فيها ويدرس فى معاهدها ووجدت الدوافع لديهم للتعرف على أحكامه ، لترقيه وفضله على ماكان عندهم من نظم وللالتزام بأحكامه فى البلاد التى امتدت إليها الدولة الإسلامية هناك ولأنه يمثل القانون الخاص بالحضارة المسيطرة آنذاك .

٢- الحروب الصليبية التى أذكت الاتصال والصراع بين الفريقين فى جميع المجالات . ومن المؤكد أن هذه الجيوش التى جاءت إلى الشرق الإسلامى قد عادت إلى بلادها محملة بنوع من الفهم للفقه الإسلامى . وسنرى أنهم تأثروا بأحكام هذا الفقه وفرضوا فى بلادهم قوانين بعناوين إسلامية . وفى تقدير البعض أن هذا المحور

لم يكن ذا فائدة كبيرة فى تنشيط الاتصال العلمى والثقافى بين المسلمين والغرب ،بسبب جهل جيوش الصليب وعدم مبالاتهم بالمعارف والعلوم ،. ومهما يكن من أمر فإن العلم بالقوانين أمر ممكن بدون تعمد الدراسة والاهتمام بالمعارف . وعلى القطع فإنهم كانوا مضطرين إلى ذلك فى أحوال المعاهدات والتعامل مع المسلمين.

٣- النشاط التجارى الذى ازدهر فى العصور الوسطى بين التجار المسلمين والتجار الأوربيين. وقد لعبت مراكز التجارة فى إيطاليا دورا متقدما فى إذكاء هذه العلاقة . ولعل هذا هو سبب تقدم التفكير القانونى فى إيطاليا فى العصور الوسطى إذا ماقورن بغيره من القوانين الأوربية . ولذا كان يجرى التعامل بالسفاتج Bill of Exchange فى المدن التجارية الإيطالية فى القرن الثالث عشر الميلادي على حين لم تعرف انجلترا مثل هذا التعامل إلا فى القرن السادس عشر . ويقوم التعامل فى هذا النوع من الأوراق التجارية على أساس التسليم بمفهوم نقل الالتزام الذى جهله القانون الرومانى. ومعناه أن القوانين الغربية لم تعرف هذا التعامل القائم على مفهوم الحوالة إلا من خلال أحكام الفقه الاسلامى . ويقوى هذا الافتراض نقل كلمة الحوالة إلى اللغة اللاتينية فى العصور الوسطى طبقا لما أشير إليه .

٤- تطبيق السلطات الغربية لأحكام الفقه الإسلامى فى البلاد الإسلامية التى احتلتها هذه السلطات . ومن ذلك قيام شركة الهند الشرقية بتعيين قضاة انجليز يقومون بتطبيق أحكام الفقه الإسلامى بعد دخول هذه الشركة إلى الهند . ومن المنطقى أن يتعرف هؤلاء القضاة على القانون الذى يطبقونه وأن يعودوا إلى بلادهم بهذه الخبرة التى قد تنتقل إلى نظامهم القانونى . وإنما يجرى تعيين أحد دارسى الفقه الإسلامى إلى جوار القضاة الإنجليز فى المحكمة لييسر لهم تحديد الحكم الفقهى المطلوب من المراجع الفقهية ، وفى الجزائر طبق القضاة الفرنسيون أحكام الفقه الإسلامى على أسس تقترب مما تم فى شبه

القارة الهندية . وفى هذه الظروف عنيت انجلترا وفرنسا بترجمة عدد من الكتب الفقهية إلى اللغة الانجليزية والفرنسية ليتسر اطلاع القضاة على النصوص الفقهية بأنفسهم .

٥- ترجمة كتب الفقه إلى اللغات الأوربية . نشطت حركة الترجمة من اللغة العربية إلى اللغة اللاتينية فى القرن الحادى عشر الميلادى حتى القرن الرابع عشر . ومع ذلك فإن هذه الحركة انصبت على المؤلفات العربية فى العلوم والرياضيات والفلك، ولا توجد شواهد واضحة على نقل أى من الكتب الفقهية إلى اللغة اللاتينية فى هذه الفترة . لكن أواخر القرن الثامن عشر قد شهد ترجمة كتاب الهداية فى الفقه الحنفى للمرغينانى إلى اللغة الانجليزية ؛ إذ أصدر Warren Hastings تعليماته إلى قاضى القضاة غلام يحيى خان بخارى بترجمة كتاب الهداية إلى اللغة الفارسية بمساعدة الشيخ تاج الدين خان بنجالى تمهيدا لنقل هذه الترجمة إلى اللغة الإنجليزية، حلا لمشكلة عدم وجود مترجم قادر على نقل هذا الكتاب من اللغة العربية إلى اللغة الإنجليزية مباشرة، وقد قام هاملتون بالفعل بترجمة بعض أجزاء هذا النص الفارسى للهداية ، وهو فى لندن . وقد اعترف بعد أن طبعت الترجمة الانجليزية عام ١٧٩١ بوجود عدم من الأخطاء فى عمله .

وفـــى أوائل القرن التاسع عشر قام Sir William بإشراف Jord Corwallir بترجمة الفتاوى السراجية للغة الإنجليزية . وفى عـام ١٨٢٥م قـام William Macanghton بجمع إجابات المستشارين القانونيين من دارسى الفقه الإسلامى على أسئلة القضاة الانجليز الذين كانوا يتولون القضاء فى هذه البلاد فى هذه البلاد فى مؤلف أسماه Principles and Precedents of Mohommadan Law.وكذلك فإن Neil Ballie قد أصدر عام١٨٥٠ ترجمة إنجليزية لكتاب البيوع من الفتاوى العالمكيرية تحت عنوان Law of

Sale أو قانون البيع ، ثم أصدر سنة ١٨٥٢ ترجمة لجزء آخر من هذه الفتاوى يتعلق بضريبة الأرض أو الخراج والعشور تحت عنوان Land Tax in India . وقد نشر كذلك كتابا بعنوان مختارات من الفقه الإسلامىDigest of Mohommadan Law ، ثم قام عام ١٨٧٤ بترجمة كتاب شرائع الإسلام الذى ألفه الحلى ، وهو كتاب فى فقه الإمامية الاثنى عشرية . وهناك على وجه اليقين كتب أخرى عديدة ترجمت إلى اللغة الانجليزية فى الفترة ذاتها .

وتدل ترجمة هذا العدد من كتب الفقه الإسلامى إلى اللغة الإنجليزية بتشجيع من السلطات البريطانية بدءا من أواخر القرن الثامن عشر على الهدف الأساسى من إصدار هذه الترجمات. ويتمثل هذا الهدف فى تيسير اطلاع القضاة البريطانيين الذين عينتهم الشركة الشرقية Easten Company لإدارة العمل القضائى فى الهند . وذلك أن هؤلاء القضاة، وقد تعلموا القانون الانجليزى ولم تكن لهم خبرة بأحكام الفقه الإسلامى ، لم يكونوا قادرين على استخراج الحكم من هذه المؤلفات فى لغاتها الأصلية، فعينت لهم السلطات البريطانية ـ أول الأمر ـ مستشارين قانونيين Legal Advisors من المتخصصين فى الفقه الإسلامى، ثم شجعت صدور هذه الترجمات حتى يستغنى القضاة أو يقل اعتمادهم على معاونة هؤلاء المستشارين تمهيدا لاستقلالهم كما حدث فيما بعد. وأيا ماكان الأمر فقد أدى ظهور هذه الترجمات فى النهاية إلى تمكين الدارسين للقانون الإنجليزى من الاطلاع على أحكام الفقه الإسلامى فى لغته الأصلية. ومن الواضح أن هؤلاء الذين تتملكهم الرغبة فى العمل لدى الشركة الشرقية فى الوظائف القضائية كانوا يجدون دافعا عمليا للاطلاع على بعض هذه الترجمات ، وهو الذى يكشف عنه قيام Almaric Rum-sy بإصدار طبعتين من الترجمة الانجليزية لكتاب الفتاوى السراجية فى الربع الأول من القرن التاسع عشر.

والخلاصة أن الصلة التاريخية بين المجتمعات الإسلامية والمجتمعات الغربية لم تتوقف أبدا عبر التاريخ. ومن جهة أخرى فقد وجدت الدواعى للتعرف على الفقه الإسلامى ودراسته وترجمة نصوصه قبل العصر الحديث وهو ما يرشح لإمكان تأثير هذا الفقه فى القوانين الغربية ، وخاصة فى تلك المفاهيم التى لم يعرفها القانون الرومانى ، وهو أهم مصادر التفكير القانونى فى الغرب فى العصور الوسطى .

وأنتقل فيما يلى إلى إثبات بعض أوجه الشبه بين الفقه الإسلامى وكل من القانون الأسبانى والقانون الانجليزى والقانون الفرنسى .

٣- بين الفقه الإسلامى والقانون الأسبانى :

يعترف عدد من مؤرخى القانون الأسبانى بتأثير الشريعة الإسلامى والفكر الفقهى الإسلامى فى هذا القانون. ويستدلون لذلك بانتقال عدد من مصطلحات هذا الفقه ومفاهيمه إلى اللغة الأسبانية. من ذلك Zal Madima بمعنى حاكم المدينة Sahib Exxorto أو صاحب الشرطة و Aduanas أو الدائرة الجمركية وTarifas التعريفة و Sahib Wali والمظالم .

وقد عرف القانون الأسبانى نظام المضاربة Commandite. ويعد عقد المزارعة الفقهى من العقود التى تأثر بها القانون الأسبانى كذلك، ويختلف النظام الذى يفرضه هذا العقد عن نظام الإقطاع السائد فى أوربا، حيث كان الفلاحون أقنانا مرتبطين بالأرض، وإنما بدأ انهيار نظام الأقنان ابتداء من القرن الثانى عشر. وكان تخليص السلطة الأبوية من القسوة التى كانت تتصف بها فى القانون الرومانى بفضل مبادىء الشريعة الإسلامية طبقا لما قرره Ur'ena، وأعطى الأب الحق فى الإشراف على أموال أولاده على حين أعطى حق الحضانة للأم لأنها

أقدر على متابعتهم والإشراف عليهم . وقد أشار إلى تأثير الشريعة الإسلامية فى تطور السلطة الأبوية على هذا النحو أحد أشهر علماء القانون الأسبانى، وهو Altamira . ويتضح تأثير الفقه الإسلامى فى القانون الأسبانى فى تطوير مبدأ الفصل بين ذمة الزوجين، وإعطاء الزوجة الحق فى إدارة أموالها، وكان القانون السائد فى أسبانيا قبل الفتح الإسلامى يأخذ بنظام الذمة المشتركة للزوجين، وطبقا لهذا فإن للزوجة حقاً فى الأموال التى يكسبها الزوج فى فترة الزواج، ولا تستطيع الزوجة التصرف فيما ترثه من أحد قاربها إلا بموافقة زوجها . وفى تقدير Altamira أن الشريعة الإسلامية هى مصدر التطور الخاص بالفصل بين ذمة الزوجين فى القانون الأسبانى .

وفى الميراث قضت الأعراف السائدة فى قشتالة بأن المريض مرض الموت لاحق له فى الوصية بأكثر من الخمس. ويتفق هذا مع اعتبار تبرعات المريض فى الفقه الإسلامى من قبيل الوصية التى لا تجاوز الثلث إلا بإذن الورثة. وإذ يتفق الفقه الإسلامى والقانون الأسبانى فى هذه الأوجه مع ثبوت الصلة التاريخية فلا مجال للتردد فى إثبات تأثير الفقه الإسلامى فى هذا القانون.

٤- الفقه الإسلامى والقانون الفرنسى :

إذا ثبتت الصلات التاريخية بين التفكير بين الفقهى والقانونى الغربى فإنه يمكن القول بوجود تأثير للفقه الإسلامى على القانون الفرنسى إذا ثبت التشابه بينهما فى عدد من النظم والمفاهيم القانونية التى لم تشتمل عليها مصادر هذا القانون، وهى الأعراف والقانون الرومانى.

ويتلمس المرء هذا التشابه فى مباديء الإصلاح التى دعا إليها سيزاوى بيكاريا فى كتابه الجرائم والعقوبات الذى ألفه سنة ١٧٦٤م والتى نقلت القوانين الجنائية الغربية من ظلام العصور الوسطى. ذلك

أنه قد دعا فى هذا الكتاب إلى مبدأ شخصية المسئولية وأن كل إنسان مسئول عن فعله هو لا عن فعل غيره، وهو المبدأ الذى قررته النصوص الشرعية فى قوله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وقد قرر Beccaria مبدأ آخر هو حجر الزاوية فى التفكير الجنائى الحديث، وهو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وأنه لاجريمة ولا عقوبة إلا بنص. ويتضح وعى الفقهاء المسلمين بهذا المبدأ من تعريف الماوردى للجريمة بأنها محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير. ومعناه أن الجريمة لا تكون كذلك إلا إذا كان الفعل مما حرمه الشارع ومنع من فعله بالعقاب عليه عقوبة مقدرة أو غير مقدرة. وطبقا لذلك فإن الفعل الذى حرمه الشارع ولم يعاقب عليه لا يكون جريمة. ويستنبط بعض الفقهاء هذا المبدأ من قوله تعالى (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا) . وقد أعطى الفقهاء للحاكم والقاضى سلطة تقديرية لاختيار العقوبة الواجبة فى إطارالسياسة الشرعية، ولكن فى حدود مبدأ التناسب بين الجرائم والعقوبات وعدم الزيادة على الحد والمصلحة والردع بما يضمن التقيد بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. وليس فى ذهنى الوصول إلى أن الفقهاء أو المفكرين القانونيين قد وضعوا الضمانات النهائية الكفيلة بعدم الخروج على مبدأ الشرعية فى الجرائم والعقوبات وإنما قصدت إلى أن دعوة بيكاريا إلى مبدأ الشرعية وشخصية المسئولية مما يشبه إلى حد كبير سعى التفكير الفقهى إلى ذلك.

وتفرق النصوص الشرعية بين مسئولية المجنون و المميز. وتقرر السنة بعبارة واضحة لا ليس فيها أن القلم مرفوع عن المجنون حتى يعقل وأنه ليس مكلفا بالخطاب الشرعى، ولذا لا يعد مسئولا عما يرتكبه من أفعال. وهذا التحديد الواضح للفرق بين المسئولية الجنائية لكامل العقل ومختله لم تعرفه أوربا إلا فى القرنين الأخيرين، بل إن المدرسة الجنائية التقليدية التى أرسى أسسها بيكاريا فى فرنسا لم تعرف هذا التفريق. وكانت المدرسة التقليدية الجديدة Neo Classical

School بزعامة إيمانويل كانط Kant (ت١٨٠٤م) هى التى دعت إلى وجوب التفريق بين مسئولية المريض العقلى وكامل الإدراك، وإن أنفقت القوانين الجنائية الغربية ما يقرب من نصف قرن بعد ذلك قبل أن تتبنى نهائيا هذا التفريق.

ومن جهة أخرى فإن القوانين الغربية لم تكن تفرق بين الصغير والكبير فى المسئولية الجنائية، وكانت الشريعة الإسلامية كما يلاحظ عبد القادر عودة هى أول شريعة فى العالم ميزت بين الصغير والكبير تمييزا كاملاً. ولذا انتهى القانون الفرنسى والإنجليزى وغيرهما إلى هذا التفريق فى العصر الحديث. وينبغى أن أشير إلى اعترف John Brigge فى كتابه: The Guilty Mind Psychiatry and the Law of Homicide بأن الفقه الإسلامى هو مصدر القوانين الغربية فى التفريق بين مسئولية الصحيح العقل والمجنون ومن فى حكمه، وأن أوربا قد احتاجت إلى عدة قرون قبل أن تصل إلى هذا التفريق فى جرائم القتل.

أما فى مجال المعاملات والعقود التجارية والأمور المدنية فيتضح التشابه بين الفقه الإسلامى والقانون الفرنسى على نحو أوسع مدى. يكشف عن ذلك سيد عبد الله على حسين فى كتابه « المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدينة والتشريع الإسلامى، مقارنة بين فقه القانون الفرنسى ومذهب الإمام مالك رضى الله عليه ». والنتيجة التى يقررها هذا الباحث أن مايقرب من تسعة أعشار نصوص القانون الفرنسى مشابهة لأحكام الفقه الإسلامى. ومن الأمثلة الجزئية التى يذكرها لهذا الاتفاق أن انعقاد البيع ولزومه يتم بالإيجاب والقبول فقط، وتنتقل الملكية للمشترى بذلك، وأن انتقال الملكية للموكل بمجرد تعاقد الوكيل. وأن البلوغ القانونى حده ١٨ سنة. وأن من نتائج حكم إلغاء العقد أن عديم الاهلية لا يلتزم برد ماقبضه من الطرف الآخر إلا إذا استفاد به وصان ماله، وإلا فلا رجوع عليه، لأن

من تعاقد معه هو الذى سلطه على ماله فهو المفرط. وأن موت أحد العاقدين لا يبطل العقد إلا إذا كان أحد الطرفين ملحوظا فى العقد كالشركة والوكالة وإيجارة العمل. وأن أداء ماليس بواجب يلزم من أخذ برد أخذه.

ويتفق الفقه الإسلامى والقانون الفرنسى فى النظر إلى الأهلية وأركان العقد والنظر فيه إلى توافر معنى الرضا وإلغاء المعايير الشكلية التى تبناها القانون الرومانى فى إنشاء العقود. ويتفقان كذلك فى تقيد التبرع بالوصية أو الهبة منعا من الإضرار بالورثة، ويتقيد هذا الحق فى القانون الفرنسى بالربع إن ترك المورث أكثر من ولد و بالثلث إن ترك ولدا واحدا. أما الفقه فيقيد الوصية بالثلث.

والخلاصة أن أوجه الشبه كثيرة، فاذا أضفنا لذلك قيام الصلة التاريخية لم يكن هناك أدنى مبالغة فى افتراض تأثير الفقه الإسلامى فى القانون الفرنسى.

٥- الفقه الإسلامى والقانون الإنجليزى :

لا يختلف الحال كذلك فى القانون الإنجليزى، ولعل الأدلة التالية أن توضح لنا تأثير الفقه الإسلامى فى هذا القانون.

أ- قانون صلاح الدين للعشور Saladin Tithe Act :

أشار هولدز ورث إشارة عابرة فى مؤلفه الضخم AHistory of EnglishLaw إلى أن هنرى الأول قدسنّ قانونا فى انجلترا عام ١١٨٨م بهذا العنوان المذكور. ويعد هذا القانون من أوائل التشريعات المتعلقة بفرض الضرائب على الممتلكات الشخصية عن طريق التحقق من هذه الممتلكات بالرجوع إلى جيران الشخص للسؤال عن حقيقة وضعه المالى[١]. وتطلق كلمة Tithe بوجه العموم فى القانون الإنجليزى على معنى العشر الذى يدفعه الشخص من دخله الكلى فى أوجه الخير بنفسه أو للدولة كى تتولى إنفاق هذا القدر فى هذه الأوجه. وتقابل

كلمة Tither كلمة العاشر فى الاصطلاح الفقهى، حسبما يدل عليه المفهوم المحدد لهذه الكلمة فى معـــجم Blackstone. وإذا كان صلاح الدين الأيوبى قد ولد فى عام ٥٣٢هـ ١١٣٨م وتوفى عام ٥٨٩-١١٩٣م فإن إطلاق اسمه عنوانا على هذا القانون يدل على أنه لم يكن هناك إحساس اجتماعى بوجوب إخفاء اقتباس بعض أحكام الفقه الرسلامى أو النفور منه، وأن المجتمع الإنجليزى والمشتغلين بالقضاء والعمل القانونى كانوا مسلمين بتفوق التشريع الإسلامى وفوائد الاقتباس منه والأخذ عنه. ويبدو أن هذا كان أمرا مسلما به من الطبقة الحاكمة والجمهور على السواء. وعلى الرغم من اختلاف مفهوم العشر فى الفقه الإسلامى عنه فى القانون الإنجليزى الذى سنه هنرى الأول فإن اتخاذ اسم صلاح الدين عنوانا لهذا القانون لم يكن عبثا. ولعلنا أمام مثال للنقل عن مصدر أسيء فهمه إلى حد ما ليتلاءم الحكم المراد نقله مع ظروف الناقل. ومن الناحية التاريخية فقد كان عمر من الخطاب هو أول من أمر بوضع العشارين فى طرق التجارة لأخذ العشر أو بعضه من التجار المارين على هذه الطرق. ومن المنطقى ألا يشغل واضعو قانون العشور فى انجلترا أنفسهم بالتحرى عن النسبة الحقيقة لهذا القانون وأن يعودوا به إلى صلاح الدين الذى ملك عليهم أنفسهم.

وينبغى تقدير قيمة وجود مثل هذا القانون المسنون فى الدلالة على وجود الاستعداد فى انجلترا للأخذ ببعض أحكام الفقه الإسلامى إذا عرفنا طبيعة النظام القانونى الإنجليزى واعتماده على السوابق القضائية المستندة إلى الأعراف المقبولة من الناس. غير أن الذين وضعوا هذا القانون قد أدركوا أن القضاء والأعراف لا يمكنهما النهوض بالأهداف التى أرادها المقنن فاتجه إلى مثل هذا الاقتباس.

ب - نقل الدين :

لم يعرف القانون الرومانى مفهوم نقل الالتزام أو الديون بين

الأحياء حتى فى أرقى مراحل تطوره، وإنما كان الفقه الإسلامى هو الذى عبر عن هذا المفهوم بوضوح بالغ يرجع الفضل فيه إلى السنة النبوية طبقا لما روى من قوله صلى الله عليه وسلم « لى الوجد ظلم. وإذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبع » ومعناه أن مماطلة القادر على الوفاء ظلم للدائن يوجب العقوبة، وعلى الدائن واجب تيسير وفاء المدين دينه ؛ فإذا أراد المدين نقل الدين من ذمته إلى ذمة شخص آخر قادر على الوفاء فعلى الدائن قبول هذا النقل أو الحوالة. وبهذا فإن السنة النبوية هى التى شرعت الحوالة أونقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة غيره، وتختلف الحوالة عن الكفالة فى أن الكفالة ضم ذمة إلى أخرى فى المطالبة بالدين وتحمله. أما الحوالة فليست ضم ذمة إلى أخرى وإنما هى نقل الدين من ذمة إلى أخرى. ولم تظهر الحوالة فى القانون الرومانى لسيادة النظر إلى الديون والالتزامات فى هذا القانون على أنها علاقات شخصية بين الدائن والمدين. أما الفقه الإسلامى فقد نظر إلى هذه العلاقة باعتبارها علاقة مادية موضوعية محلها الدين أو الالتزام نفسه، وبناء على ذلك جاز نقل هذا الالتزام وحوالته.

وقد تأثرت القوانين الغربية فى العصور الوسطى بنظرة القانون الرومانى إلى الالتزام فعجزت عن الأخذ بمفهوم الحوالة، واستمر النظر إلى العلاقة الشخصية بين الدائن والمدين فى الالتزام. ولم يبدأ النظر فى هذه القوانين إلى اعتبار الالتزام علاقة مادية موضوعية حتى تجوز حوالته ونقله من ذمة لأخرى إلا عام ١٨٥٣ فى ألمانيا، حيث دعاده دلبروك Delbriuk إلى شيء من هذا غير أن التفكير القانونى الغربى قد اضطر فى العصور الوسطى إلى قبول عدد من المفاهيم القانونية المتفرعة عن الحوالة دون أن يسلم بها فى ذاتها. ومن ذلك قبول التعامل بالصكوك Cheque والسفتجة Ibill of Exchange للذين يقوم التعامل فيهما على أساس النيابة عن الغير فى قضاء الالتزام، وهو مفاد الحوالة. وهكذا فقد ضحى التفكير القانونى فى هذه

توضيحه أن الصك عبارة عن أمر من المدين لآخر بالوفاء بمقدار مبين من النقود؛ وبهذا فإن الآمر يحيل الدائن إلى طرف ثالث هو المحال عليه أو المسحوب عليه. وتفسر هذه العلاقة على أفضل وجه في إطار نظام الحوالة الفقهي. وكذا فإن السفتجة هي الأخرى أمر من المحرر لغيره بالوفاء بمقدار معين من النقود، وغالبا ما يكون الآمر في بلد غير البلد التي يدفع فيها المأمور هذا المقدار. وهكذا فإنه إذا أراد تاجر في العراق تحرير سفتجة لتاجر في القاهرة أمكنه الاتفاق مع بنك في العراق على هذا، ويدفع العميل قيمة السفتجة لبنك العراق الذي يحررها له، ويكلف هذا البنك بنكا مراسلا له في القاهرة بدفع قيمة السفتجة للتاجر القاهري أو لمن يحدده له هذا العميل. وبهذا فإن السفتجة وسيلة نقل النقود والوفاء بالالتزام في الأماكن المتباعدة، وهي تعني في اللغة العربية الشيء المحكم الدقيق. وكانوا يقولون كتبه سفاتج أي محكمة مقبولة معتمدة. وقد عرف المسلمون التعامل بالسفاتج منذ القرن الأول لاعتراف الفقه الإسلامي بنظام الحوالة مع بداية تطور هذا الفقه، على حين لم يظهر التعامل بها في إيطاليا إلا في القرن الثالث عشر وفي انجلترا إلا في القرن السادس عشر. ولذا يتجه كثير من مؤرخي القوانين الغربية إلى الاعتقاد بأن التعامل بالسفاتج Bill of Exehange مدين بوجوده للتفكير الفقهي الإسلامي. ويشك عدد آخر من الباحثين الغربيين في هذه المقولة، ويرون أن التعامل بالسفاتج في الغرب إنما استحدثه التجار أنفسهم للاعتبارات العملية التي أوجبت التعامل بها في المجتمعات الإسلامية. وما أود أن أشير إليه أن استقلال التفكير القانوني الغربي في التعامل بالسفاتج كان يمكن قبوله لولا هذه الحجج الإيجابية التي تثبت التأثر بالفقه الإسلامي في هذا الصدد.

وأولى هذه الحجج أن كلمة صك طبقا لما كشف عنه يوسف

شاخت وغيره قد انتقلت إلى اللغة اللاتينية فى العصور الوسطى، ثم تسربت إلى اللغات الأوربية المختلفة لأهميتها البالغة فى المعاملات التجارية. ولم تفقد هذه الكلمة أهميتها حتى الآن. ومن جهة أخرى فقد انتقلت كلمة حوالة إلى اللغة اللاتينية كذلك بمعناها المحدد لها طبقا لما يذكره يوسف شاخت أيضا. ويعجز أصحاب الرأى القاضى بعدم تأثر القوانين الغربية بالفقه الإسلامى فى التعامل بالسفاتج والصكوك عن تقديم تفسير مقبول لأسباب نقل هذه المصطلحات إلى اللغة اللاتينية واللغات الأوربية. والأقرب إلى المنطق أن وجود هذه المصطلحات الفقهية فى اللغات الأوربية إنما يدل على استشعار الحاجة العملية لها والرغبة فى الأخذ بمفاهيمها.

جـ المضاربة :

عرفت القوانين الغربية فى العصور الوسطى عقد المضاربة Commenda تأثرا بأحكام الفقه الإسلامى. وتعريف هذا العقد فى القانون التجارى أنه هو الاتفاق على دفع المال إلى الغير لاستثماره. ولا يختلف هذا التعريف عن نظيره الفقهى. وقد أمدت المضاربة بمفهومها الفقهى القانون الإنجليزى والقوانين الغربية بحيوية بالغه فى استثمار الأموال وتجميعها فى ظروف حاجة التجارة المتنامية إلى ذلك. وقد قامت المضاربة بهذا الدور نفسه فى المجتمعات الإسلامية ويسرت قيادة هذه المجتمعات للنشاط التجارى العالمى، ويجب أن نفهم الصلة بين المضاربة الفقهية وبين القدرة على تجميع الأموال الضخمة فى الشركات الكبرى التى تقود النشاط الاقتصادى والتجارى فى العالم الآن، وقد اعترف عدد من الباحثين الغربيين بالصلة بين معرفة الغرب بالمضاربة وبين نشأة المؤسسات المالية الضخمة طبقا لما ناقشته فى بحث آخر.

د - القواعد الفقهية Legal Maxims :

القاعدة في اللغة هي الأساس، ومنه قوله تعالى : (وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل).وتطلق بمعنى الضابط الذي ينطبق على الجزئيات. أما في اصطلاح الفقهاء فهي حكم عام يصدق على جميع جزئياته المندرجة تحته، وذلك كقولهم : الأمور بمقاصدها والضرر يزال ويرفع.

ويلفت النظر هذا التشابه بين منطوق عدد من القواعد الفقهية الأساسية وبين نظيرها المسمى Legal Maxims في القانون الإنجليزي. وترجع نشأة هذه القواعد في هذا القانون إلى القرن الرابع عشر الميلادي حين تشكلت محاكم العدالة إلى جوار المحاكم العادية لتخفيف المشاق الناجمة عن تطبيق قواعد القانون العرفي. ومن المحتمل أن قضاة محاكم العدالة قد تأثروا بالفقه الإسلامي في كثير من المبادئ التي خالفوا فيها القانون المطبق في المحاكم العادية، وهو القانون العرفي Common Law. من هذه المبادئ الحكم بأن التبرع لا يتم إلا بالقبض حتى لو استكمل التبرع الإجراءات الشكلية ؛ فالتعهد بإقراض شخص، حتى ولو كان مكتوبا في سند لا يلزم المتعهد بالوفاء بالقرض أمام محاكم العدالة خلافاً للمحاكم العادية التي وجب عليها تطبيق القانون العرفي. وكذلك ارتفعت أهلية الزوجة أمام محاكم العدالة وأصبح لها حق التصرف في أموالها بعد أن كانت طبقا للعرف السائد في ولاية الزوج وتحت تصرفه المطلق، وهذان الحكمان موافقان لما في الفقه الإسلامي.

وأكتفي بالإشارة إلى بعض القواعد المتشابهة في الفقه الإسلامي والقانون الإنجليزي

قاعدة المصلحة : وصل الفقهاء المسلمون إلى أن المصالح الاجتماعية هي أساس الأحكام الشرعية، وفي هذا يقول ابن القيم:

«حيثما كانت المصلحة فثم شرع الله». وعبر الفقهاء عن تقديمهم للمصلحة العامة على الخاصة في عدد من القواعد التى تفيد هذا المعنى. وهذا هو ما صار إليه الأمر في القانون الانجليزى بهذه القاعدة POUPULI EST AUPREMA LES أRegard For Public Welfare isthe highest Law ومعنى هذه القاعدة أن القانون يقدم المصلحة العامة على ماسواها من المصالح، ويلفت النظر كذلك تطبيق هذه القاعدة فى الفقه والقانون فى موضوعات متقاربة. ومن ذلك الاستناد إليها فى الحكم بجواز مصادرة الأراضى المملوكة للخاصة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة كإنشاء طريق أو توسعه طريق قائم مع اشتراط تعويض صاحبها بدفع الثمن الذى يقدره الخبراء لهذه الأراضى. وكان تقديم الصلحة العامة على الخاصة هو الأساس الذى بنى عليه الفقه والقانون جواز التوظيف فى أموال لأغنياء وفرض الضرائب عليهم. وفى هذا جاء تعبير الغزالى و Broom بلغة واحدة .

ويتفرع عن قاعدة رعاية المصالح قاعدة الضرورات تبيح المحظورات. وقد جاء التعبير عن هذا المفهوم فى القانون الإنجليزى بقاعدة مشابهة، ولفظها Necessity gives a privilege as to private rights، ويقترب معناها من أن الضرورات تبيح ماهو من قبيل الحقوق الخاصة. ومن تطبيقات هذه القاعدة فى الفقه والقانون شرع مبدأ الدفاع عن النفس أو العرض أو المال المعروف فى الفقه الإسلامى بدفع الصائل.

– قاعدة رفع الضرر : تستند القاعدة الفقهية القاضية بأن « الضرر يزال » إلى ما يروى من قوله صلى الله عليه وسلم « لاضرر ولا ضرار ». ويفيد كل من الحديث والقاعدة أن الضرر الذى يتسبب أحد فى حدوثه لغيره فى نفسه أو ماله يجب العمل على إزالته ورفعه، سواء بتعويض المتضرر أو أهله إن تسبب هذا الضرر فى موته. ولو تمثل

الضرر فى إنشاء عائق أو فرن أو دكان حداد يؤذى الجيران بدخانه فإن إزالة الضرر لا تتحقق إلا برفع العائق والفرن والدكان. ولا تــخرج صياغة هذه القاعدة وتطبيقاتها فى القانون الإنجليزى ولفــظها: UBI JUS IBI REMEDIUM أو There is no Wrong without remedy ومعناها أن الضرر يزال. وقد لعبت هذه القاعدة دورا هاما فى تطوير القانون الإنجليزى حيث صدر عام ١٢٨٥م قانون وستمنستر الثانى الذى أجاز للمحاكم قبول أى دعوى تتضمن المطالبة برفع الضرر، ولو لم تستند إلى سابقة بعينها من السوابق القضائية. وقد أدى ذلك إلى قبول المحاكم لكثير من القضايا فى موضوعات الغصب والإتلاف والإيذاء بعد أن كان يشترط لقبولها أن تقع فى حدود نماذج الدعاوى المكتوبة.

وترجع كثير من الأحكام الفقهية والقانونية إلى هذه القاعدة. ومن ذلك فى الفقه الحكم بالرد بالعيب والحجر على المكارى المفلس والطبيب الجاهل والحق فى الشفعة لدفع ضرر القسمة. ومن أهم ما ينى على هذه القاعدة فى الفقه والقانون الإنجليزى الحكم بضمان ما يتسبب المرء بفعله من أضرار تقع للغير، سواء نشأ هذه الضرر بمخالفة العقد Breach of Cantract أو بالفعل الضار Tort كحفر حفرة فى الطريق العام يقع فيها شخص فيصاب نتيجة ذلك، حيث يكون الضمان على الحافر.

– قاعدة الأمور بمقاصدها بمعنى أن الحكم الذى يترتب على أمر يكون على مقتضى المقصود من هذه القاعدة، طبقا لما جاء فى المادة الثانية من مجلة الأحكام العدلية. ولذا لو قتل متعمدا فالقصاص هو الواجب، وإذا كان القتل خطا فالدية هى الواجبة. ولو نصب شبكة لتجفيفها فأصابت صيدا كان الصيد لمن سبقت يده عليه ولو نصبها للصيد بها فما يقع فيها يكون ملكا له، ولا يحق لأحد أن يأخذه. والقاعدة المماثلة فى القانون الإنجليزى لذلك هى ACTUS NON FACIT

An act is Judged by ist object أو REUM NISI MENS SITREA
ولا يزيد لفظ القاعدة الانجليزية عن كونه ترجمة للقاعدة الفقهية.

ويتفرع عن هذه القاعدة فى الفقه والقانون الانجليزى قاعدة أخرى مؤداها طبقا لما جاء فى المادة الثالثة من مجلة الأحكام العدلية أن « العبرة فى العقود بالقصود والمعانى لا بالألفاظ والمبانى »، ويلزم لهذا تفسير عبارات المتعاقدين بالرجوع إلى مقصودهما ؛ فلو اتفقا على هبة مع اشتراط الثواب، كأن يهبه سيارة فى مقابل منزل، كان العقد عقد بيع. وقد جاءت هذه القاعدة فى القانون الإنجليزى على النحو التالى - QUI HERET IN LITER HERETIN COR-TICE أو He who Considers merely the letter of an in-strument goes but skin deep in its meaning .

– قاعدة منافاة الإذن للضمان : مفاد هذه القاعدة أن من فعل فعلا مأذونا فيه كالسير فى الشارع أو قيادة السيارة فيه لم يجب الضمان بما ينشأ من ضرر بهذا. ولا يجب الضمان كذلك لوسقى أرضه سقيا معتادا وتسرب الماء إلى أرض جاره على نحو أدى إلى إتلاف زروع هذا الجار، لأنه مأذون له شرعا فى سقى أرضه. وكذا لو أجرى الطبيب جراحة فى حدود ما تقضى به الصنعة ورسوم المهنة مع موافقة المريض، وإنما ذلك لأن الطبيب مأذون له شرعا فى إجراء هذه العملية. وتشبه هذه القاعدة فى لفظها لفظ قاعدة القانون الإنجليزى VOLENTI NONFIT TNJUIA أو Damage suferred by Consent is not a cuse of action ولا تترجم هذه القاعدة للعربية بلفظ أدل عليها من القاعدة الفقهية المذكورة.

– قاعدة العادة محكمة : تعمل هذه القاعدة فى مجالات فقهية كثيرة، حتى كانت إحدى القواعد الأساسية الخمس أوالست فى الفقه الإسلامى. وتتفرع عنها قواعد تفصيلية عديدة، مثل قاعدة المعروف عرفا كالمشروط شرطا. ومن تطبيقات هذه القاعدة أنه إذا اشترى التاجر

شيئا من سوقه دون الاتفاق على تأجيل الثمن أو تعجيله، وكانت العادة أن يأخذ البائع الثمن فى نهاية الأسبوع أو الشهر وجب على التاجر أن يدفع الثمن وفق هذه العادة. ويوجد فى القانون الإنجليزى ما يقابل هاتين القاعدتين؛ فالأولى يقابلها OPTI-MUS INERPRES RERUM USUS أو Usage is the best interpreter of things.

أما القاعدة الآخرى فيقابلها INCONTRACTIS ACITE INSUNT QUOSNT MORIS ET CONSETUDINIS أو Terms which are in accordance with and warranted by custon and usage may in some cases be tacitly imported into contracts.

وتتفق هاتان القاعدتان مع نظرتيهما فى الفقه الإسلامى.

– قاعدة مالايمكن الاحتزار عنه لاضمان فيه : تفيد هذه القاعدة أن ما يفعله الإنسان رغما عنه لا يوجب الضمان أو المسئولية. ولذا لا يضمن ملاح السفينة فيما ذكره الفقهاء لو اضطربت الأمواج وثارت الرياح على نحو أدى إلى انقلاب السفينة وضياع المنقول، وإنما لم يجب عليه الضمان لأنه لم يكن يستطيع تجنب ماحدث فينتفى ركن الخطأ. ويعبر القانون الإنجليزى عن ذلك بقاعدة لا تبعد كثير عن الترجمة المقبولة للقاعدة الفقهية، وهى : INJURIAM ACTUS DEI NEMINI FACTI أو أنها The law holds no one responsible for the act of god. والترجمة الحرفية لهذه القاعدة أنه « لا ضمان على الفعل الذى ينسب إلى الله ».

– قاعدة الخراج بالضمان : معنى هذه القاعدة أن الغنم بالغرم وأن الشخص التى يتحمل مسئولية هلاك الشيء هو وحده الذى يستحق ثمرته وفائدته. ولذا لو باع أحد حيوانا معيبا فرده لمشتريه بعد قبضه والا نتفاع به فترة لم يطالب بأجرته فى هذه الفترة، لأنه منفعته

لمشترى قبل رده للبائع ؛ حيث إنه لو كان هلك لهلك على حسابه فلا يطالب بشيء فى مقابل هذا الانتفاع. ويتفرع عن هذه القاعدة كذلك قاعدة الغرم بالغنم ومعناها كما جاء فى المادة ٨٧ من مجلة الأحكام العدلية أن من ينال نفع شيء يتحمل ضرره، ولذا لو ضعف جدار أحد ومال إلى الشارع فإن صاحبه يجبر على تقويته أو إزالته. ولا يلزم جماعة المسلمين الإنفاق على الحائط فى ذلك لاختصاص مالكه بمنفعته فيختص بغرامته. وكذا لو وجد شخص لقطة، واضطر الملتقط إلى الإنفاق عليها فى الحمل والحفظ كان هذا كله على ما لكها ويلزمه الوفاء للملتقط بما غرمه، لأن المالك هو المنتفع بمكه فيغرم النفقة عليه. وفى القانون الإنجليزى هذه القاعدة بعينها، ولفظها : QUI SENTIT COMMODUM SENTIRDEBET Et OUSO أو He who derives the Adunatage Ought to sustain the damage.

ولعله قد اتضح أن ملامح هذا التشابه بين هذا العدد من القواعد الفقهية والقانونية التى تمثل أهم قواعد الفقه الإسلامى والقانون الإنجليزى فيما يلى :

١- قوة التشابه بين القاعدتين الفقهية والقانونية لا فى المعنى وحده، بل فى اللفظ كذلك حتى ليخال المرء أحيانا أن القاعدة الموجودة فى القانون الإنجليزى لا تزيد عن كونها ترجمة دقيقة للقاعدة الفقهية

٢- تنوع التشابه وتعلقه بعدد من القواعد الأساسية فى الفقه والقانون إلى جانب عدد من القواعد الفرعية المترتبة على هذه القواعد الأساسية والمنحصرة فى عدد متقارب فى الفقه والقانون الانجليزى على السواء.

٣- يؤكد التشابه فى القواعد علاقة التأثير، إذا يفترض أن تترتب هذه القواعد على الفروع والجزئيات وترتبط بها. ولذا فإن لهذا التشابه فى القواعد دلالته على وجود العديد من مظاهر التشابه بين

الفقه والقانون في الفروع كذلك.

٦- القانون الكنسي :

يتناول هذا القانون الذى كان يعد قانون كنيسة روما. أحكام العلاقات المدنية. ويستمد هذا القانون أحكامه من أخلاق الدين المسيحى ومن القرارات البابوية وأحكام المجامع الكنسية وتقاليد الكنيسة فى الشرق والغرب على السواء، كما استمد كثيرا من أحكامه من القانون الرومانى. ويظهر أن علماء الدين المسيحى الذين تعلموا فى الأندلس وتعرفوا على أحكام الفقه الإسلامى قد نقلوا بعض أحكام الفقه إلى هذا القانون الذى انتهى العمل به فى انجلترا منذ بداية الإصلاح الدينى. غير أن كثيرا من أحكامه وتفسيراته قد أصبحت عرفا راسخا وعادات مقبولة أقرها القانون العرفى الإنجليزى وضمها إليه. ولعل من أهم الشخصيات التى فهمت الفقه الإسلامى ونقلت بعض مفاهيمه إلى القوانين الغربية شخصية القديس توماس الأكوينى. وأستدل على ذلك بالأدلة التالية :

١- تحديد توماس الأكوينى لمفهوم القانون بلغة لا تختلف عن لغة الفقهاء المسلمين فى تحديدهم لطبيعة الشريعة الإسلامية وخصائصها ؛ فالقانون عنده هو ذلك القانون الطبيعى الذى يتألف من المبادىء الأزلية الثابتة المركوزة فى الفطرة الإنسانية، كعصمة النفس البشرية وحق الإنسان فى حفظ ماله وشرفه وعقله ووجوب العدل والحرية والمساواة. وليس من وظيفة هذا القانون أن يرسم التفصيلات والفروع، وإنما عليه أن يضع المبادىء العامة التى يسترشد بها العقل الإنسانى فى تحديد أحكام الفروع.

٢- رد مبادى القانون الطبيعى إلى القانون السماوى الإلهى Divine Law ومصدرهما هو الخالق الذى فطر الإنسان وأودع فيه غرائزه التى لا تهيىء له مجرد البقاء فحسب، بل تدعوه إلى الكمال كذلك، وميزه بالعقل حتى يستطيع الاهتداء إلى الغايات والمقاصد

التى رسمها له. وإنما زود الخالق الإنسان بهذا القانون لأن طاقات الإنسان محدودة ولا يستطيع بعقله الاهتداء إلى هذه الغايات والمقاصد التى حددها الخالق.

٣- ترديد توماس الأكويتى لبعض الأحكام والقواعد الفقهية واستخدام هذه القواعد فى حله لبعض المشكلات التشريعية التى واجهت عصره. من ذلك تفريقه بين الربا والمضاربة على الرغم من اشتراكهما فى وجود عائد لصاحب المال، وهو ما كان أمرا غير مشروع. وقد جاء تفريقه بين الربا والمضاربة على أساس الضمان، لأن المال فى الربا من ضمان المدين ولا حق للدائن لهذا فى أخذ شئ من العائد، على حين أن رأس المال فى المضاربة Commenda ملك للممول، ولوهلك يهلك على حسابه، وله أن يستفيد من العائد لهذا، فالغنم بالغرم. ويرجع أساس هذا التفريق إلى قاعدة « الخراج بالضمان» التى هى نص حديث نبوى، وإلى قاعدة :« الغرم و بالغنم والغنم بالغرم » .

وتبدو إفادة توماس الأكوينى من الفقه الإسلامى فى قاعدة أخرى تتعلق بتحديد مفهومه للربا، وجريانه فى المعارضات لافى الغرامات. وقد عبر السيوطى عن هذه القاعدة بعينها فى كتابه الأشباه والنظائر.

ومن الجدير بالذكر أن مؤرخ القانون الإنجليزى هولدزورث قد أشار إلى هذين القيدين (الخراج بالضمان - لاربا فى الغرامات) اللذين أدخلهما الأكوينى على مفهوم أرسطو للربا، وبين أهميتهما فى تطور التفكير القانون الغربى فى الخروج من هذا المفهوم الضيق للربا (أية مكافأة لرأس المال) واستنباط صيغ مشروعة فى استثمار الأموال دون أن يشير إلى المصدر التاريخى الذى أخذ عنه الأكوينى.

ولعل هذه الإشارات أن تدل إلى احتمالات تأثير الفقه الإسلامى فى القانون الدينى الكنسى، وإن كان الأمر بحاجة إلى دراسة مستقلة.

الفصل الثالث
مصادر التشريع الإسلامي النصية والاجتهادية

تقديم :

يكتسب تحديد المصادر التشريعية فى أى نظام قانونى أهمية خاصة فى التعريف بطبيعة هذا النظام ومعرفة خصائصه وأساليب تطوره ؛ فإذا أدركنا أن القانون الإنجليزى يقوم على العرف والسوابق القضائية وعلى التشريع أدركنا طبيعة هذا النظام وأنه قانون عرفى يعتمد فى تطوره على هذه المصادر . وكذلك فإن النظر إلى مصادر الفقه الإسلامى وتنوعها إلى مصادر نصية (القرآن والسنة) وإلى مصادر اجتهادية يدل على طبيعة هذا الفقه واستناده إلى الوحى وأنه محكوم فى تطوره بالمبادىء المتضمنة فى النصوص . ولأهمية المصادر على هذا النحو فإن مداخل الدراسة الفقهية والقانونية تشتمل على تعريف بهذه المصادر .

ومصادر الفقه هى الأدلة التى يرجع إليها المجتهد فى اجتهاده لاستنباط الاحكام الشرعية ، وهى الأصول التى يعتمد عليها فى هذا الاجتهاد . ولهذا يطلق عليها أدلة الفقه وأصوله . وتنقسم هذه المصادر أو الأدلة والأصول إلى نوعين:

أولهما المصادر النصية التى تعتمد على النقل ، وتنحصر فى القرآن والسنة . والثانى المصادر الاجتهادية التى تعتمد على العقل ، وهى كثيرة ، منها الإجماع والقياس والاستحسان والمصالح المرسلة والعرف وسد الذرائع .

ويتقيد النظر إلى هذا التقسيم بالمبادىء التالية :

١- لا تعارض بين المصادر النصية والاجتهادية ، وإنما

يتكاملان فى معرفة الحكم الشرعى وتحديده ، لأن النصوص ذاتها هى التى شرعت هذه المصادر الاجتهادية بما أوجبته من الرد إلى الله ورسوله عند التنازع ، وبما أفاده حديث معاذ عند إرساله إلى اليمن ليتولى القضاء وقوله للرسول صلى الله عليه وسلم إنه سيجتهد برأيه إن لم يجد النص وموافقة الرسول على ذلك .

٢- النصوص من القرآن والسنة هى الأصل ، وغيرها تابع لها . وإنما كانت المصادر الاجتهادية مصادر تبعية ، لأنها لا تستقل بذاتها وتستند إلى النصوص ولا تتقدم عليها ؛ فالإجماع لابد أن يكون له مستند من النص ، والقياس من أركانه الأصل الثابت بالنص ، والمصلحة المرسلة استدلال بالمعقول من جملة نصوص أو بالمصلحة التى دل على اعتبارها عدد من النصوص ، والاستحسان إعمال لمبدأ من المباديء التى دلت عليها النصوص كذلك .

٣- يرجع ترتيب هذه الأدلة إلى تقديم النصوص على غيرها ، ويتقدم القرآن على السنة من وجهين : قطعية نصوصيه وأنه الأصل الذى ترجع إليه حجية السنة . ويتقدم الإجماع على القياس كما يتقدم القياس على غيره .

وأتناول هذه المصادر فى المباحث التالية :

المبحث الأول
المصادر النصية

أولا - القرآن الكريم

درج الأصوليون على تعريف القرآن الكريم تعريفا يشير إلى خصائصه أكثر من أن يعرف به، فالقرآن أشهر من أن يعرف. ومن هذه التعريفات قولهم بأن القرآن هو «كلام الله المعجز المنزل على رسوله محمد ﷺ بلفظه العربى ومعناه المكتوب فى المصاحف المنقول إلينا نقلا متواتراً. ويفيد هذا التعريف تميز القرآن الكريم بالخصائص التالية:

١- القرآن من جنس الكتب المنزلة من لدن الله عز وجل .

٢- نزل القرآن على رسول صلى الله عليه وسلم باللغة العربية.

٣- نزل القرآن الكريم بلفظه ومعناه، وهو الوحى المتلو المتعبد بتلاوته المعجز بلفظه ومعناه، بخلاف السنة فإن معناها من الوحى ولفظها من عند الرسول صلى الله عليه وسلم ولا يتبعد بتلاوتها .

٤- القرآن الكريم منقول إلينا نقلا متواترا، أى رواه عن الرسول جمع كبير من الصحابة، لا يمكن اتفاقهم على الكذب أو الخطأ، واستمر هذا التواتر فى النقل جيلا بعد جيل، ولذا فإن القراءات الشاذة التى لم يتواتر نقلها ليست قرآنا .

٥- القرآن معجز فى نظمه ومعناه، وفى تشريعاته التى تتميز عن التشريعات البشرية فى الضبط والصياغة والعدالة ومراعاة المصالح. ويكفى تدبر آيات المواريث فى سورة النساء لمعرفة هذا الإعجاز التشريعى للقرآن الكريم، ويظهر هذا الإعجاز فى تحدى القرآن للناس أن يأتوا بمثله أو بسورة من مثله وعجزهم عن ذلك كما يظهر أيضا فى سمو تشريعاته التى يتضمنها عند مقارنتها بالتفكير القانونى .

طبيعة التشريعات القرآنية وخصائصها :

تتسم التشريعات القرآنية بالخصائص التالية :

١ـ لا تتجاوز آيات الأحكام الواردة فى موضوعات تشريعية خمسمائة آية فى تقدير عدد كبير من العلماء. أما من حيث الموضوعات التى تتناولها هذه الآيات فتتنوع تنوعا كبيرا، حيث تشمل تنظيم علاقة الفرد بالخالق، وهذا قسم العبادات، وتنظيم علاقة الفرد بغيره داخل الأسرة مما يتعلق بالزواج والطلا ق والميراث والنسب والتبنى، كما تشمل علاقة الفرد بغيره فى المجتمع، مما يتعلق بالمعاملات وكذا علاقة الفرد بالدولة والدولة بغيرها فى أحوال السلم والحرب. وباختصار فإن القرآن قد عنى بوضع التشريعات التى ينشدها أى مجتمع يريد الرقى والتقدم.

٢- تتسم الأحكام التشريعية لتى تناولها القرآن الكريم بالعموم والشمول لكل ما يحتاجه المسلم فى تنظيم حياته وفق ما يريده الشارع. وهذا هو معنى قوله تعالى : (ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شىء) وقوله : (اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى)، ويستنتج الشافعى من هذه الآيات أساسا هاما من أسس نظريته الأصولية هو بعبارته أن « كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم وعلى سبيل الحق فيه دلالة موجودة »، ويقول : «فليس تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفى كتاب اله الدليل على سبيل الهدى فيها وأساس النظرية الأصولية التى عبر عنها الشافعى وتابعه فيها عدد من الأصوليين أن القرآن قد بين أحكام الوقائع والنوازل والمشكلات التى يواجهها الفرد إما بالنص على هذه الأحكام بشكل مباشر أو بالإحالة إلى ما يبينها وهو السنة، وإما بتحديد المبادىء العامة وطلب الاجتهاد فى إطار هذه المبادىء للوصول إلى الحكم الشرعى فى الفروع والتفصيلات

٣- تتسم الصياغة التشريعية لآيات الأحكام بالإيجاز الشديد مع

توافر الدقة والوضوح. ولذا اجتهد الفقهاء فى استنباط حكم تشريعى من إيثار القرآن استخدام كلمة دون غيرها أو حرف أو إسناد فعل إلى فاعل أو غير ذلك مما لا يلتفت إليه كبار المتخصصين إلا بمشقة بالغة. من ذلك أن الفقهاء استنتجوا وجوب تمليك المستحقين للزكاة أنصباءهم بقوله تعالى (إنما الصدقات للفقراء والمساكين) إذ تفيد اللام معنى التمليك، ولا يحق للمزكى بهذا إنشاء مصنع بأموال الزكاة على أن يكون ريعه لأصناف المستحقين، لأن الواجب أن يملكوا عين الواجب لهم بمنفعتها، لا أن يملكوا منفعتها وحدها .

وقد استنبط الاحناف حق المرأة البالغة الكاملة الأهلية فى تزويج نفسها دون وليها من إسناد النكاح إليها فى قوله تعالى (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره)، ومعناه أن المطلقة ثلاثا لا تحل لمطلقها إلا إذا تزوجت غيره، والفاعل فى قوله تنكح ضمير تقديره هى، فلزم من ذلك فى تقدير علماء المذهب الحنفى أن للمرأة الحق فى تولى عقد زواجها بنفسها، ولا يشترط قيام وليها بالتعاقد عنها.

٤- تتسم الصياغة التشريعية لآيات الأحكام فى القرآن بالتركيز على القواعد الكلية التى تندرج تحتها التفصيلات والفروع، من ذلك التعبير عن حرية التعاقد ووجوب الوفاء بالعقور بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)، والتعبير عن حفظ حقوق الملكية بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل). ولا يخفى تنوع المضامين التشريعية لهذين المبدأين اللذين يعبران عن روح النظام التشريعى الإسلامى كله .

ومن هذا أيضا تأكيد الالتزام بالعدالة فى آيات عديدة، من ذلك إيجاب القرآن عدم التأثر بالخصومة أو العدواة فى الانحراف إلى الظلم وعدم العدل، وذلك بقوله تعالى (ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى)، ويلفت القرآن الأنظار إلى وجوب عدم التأثر بقرابة أو صداقة أو اتجاه فكرى فى الانحراف عن العدل، فالواجب أن

يكون المسلمون قوامين بالقسط شهداء بالعدل ولو على أنفسهم أو والديهم أو أقربائهم، كما أن عليهم آلا ينتصروا لأحد على غيره لفقر أو غنى.

وفى الزواج تأتى قاعدة إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان لتشكل أساس العلاقة التى وصفها القرآن بأنها علاقة تقوم على المودة والرحمة، كما تأتى قاعدة القصاص فى العدوان على البدن الإنسانى بالقتل أو الجرح لتحدد أساس العقوبة فى هذه الجرائم إذا كانت على وجه التعمد. أما إذا كانت على سبيل الخطأ فلا يشير القرآن إلا إلى الواجب المالى لتعويض المجنى عليه وأسرته بالدية .

وقد ترتب على هذه الطريقة فى الصياغة عدة نتائج من بينها :

أ - الالتزام بالحفاظ على المبادىء الكلية الثابتة التى لا تقبل التغيير كايجاب العدل والأمانة والوفاء بالوعد ومنع الإضرار بالغير وحرمة الملكية الخاصة وإيجاب القصاص فى الجنايات العمدية والتعويض فى جنايات الخطأ .

ب - إفساح المجال أمام التطور والتغيير فى أنماط الحياة الاجتماعية المتغيرة والتعرف على حكمها عن طريق إلحاقها بما يلائمها من هذه القواعد الكلية. ولهذا أدرك فقهاء الصحابة منذ البداية أهمية الاجتهاد و القياس، كما أدرك الفقهاء التفريق بين ما لايتغير وما يتغير من الأحكام. يقول ابن القيم : الأحكام نوعان : نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها، لابحسب الأزمنة ولا الأمكنة، ولا اجتهاد الأئمة، كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو هذا، فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد. والنوع الثانى: ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحةله زمانا ومكانا وحالا كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها، فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة ... وهذا باب واسع اشتبه فيه على كثير من الناس الأحكام

الثابتة اللازمة التى لا تتغير بالتعزيرات التابعة للمصالح وجودا او عدما .

جـ – تحقق المرونة للتشريعات القرآنية عند تطبيقها فى ظروف زمانية ومكانية بالغة التعقيد والتنوع، وإنما ذلك بفضل التركيز والإجمال والعموم فى الصياغة والاقتصار على القواعد الكلية على نحو أدى إلى فتح الباب للاجتهادفى مواجهة الظروف المتغيرة بالإفادة من الخبرة الإنسانية وتطور التفكير. ولعل المثال الذى ذكره ابن القيم فى موضوع الحدود والتعزيرات أن يوضح هذه الحقيقة. ذلك أن الشارع قد حدد العقوبة فى مجالات معينة، وترك للقاضى ولولى الأمر تقدير العقوبة فى مجالات التعزيرات بما يتيح للمجتمع مواجهة الجرائم المستحدثة والإفادة من تطور التفكير الإنسانى فى مواجهة الجريمة والحفاظ على المصالح الاجتماعية .

مجالات التشريعات القرآنية :

تنوعت مجالات التشريع التى تناولتها آيات الأحكام على نحو كفل للقرآن أن يضع االأساس الصالح لإقامة المسلمين حياتهم وفق هذه الأحكام فى أطر اجتماعية متنوعة بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلمﷺ واتساع المجتمعات الإسلامية بسبب الفتوحات فى القرن الاول. وليس هذا فحسب ؛ فقد أرست هذه التشريعات ظهور علم الفقه وأصوله وقواعده بعد أن وصل المسلمون إلى مرحلة الترقى ووضع العلوم المختلفة فى القرن الثانى الهجرى. أما هذه المجالات التى شملتها التشريعات القرآنية فأهمها •

أ ـ بيان مقاصد الشريعة فى حفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال وإباحة الطيبات وتحريم الخبائث ومنع الإيذاء والإضرار بالناس وإيجاب حقوق التكافل الاجتماعى وشرع الطهارات وستر العورة وإباحة اتخاذ الزينة وما إلى ذلك مما يدخل فى قسم التحسينات والأخذ بمكارم الأخلاق .

ب - تحديد المنهج الأصولى وبيان الواجب على الفقيه بالرجوع إلى الأحكام الواردة فى القرآن والسنة والإجماع والقياس. ومن أجمع ما ورد فى ذلك قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا).

جـ - القواعد العامة التى تندرج تحتها الفروع والجزئيات كإيجاب العدالة والمساواة بين الناس والحفاظ على حقوق الملكية وحق المرأة فى التكسب والتملك والميراث والتبرع والإيصاء. ومن هذه القواعد العامة حرية العقيدة وأنه لا إكراه فى الدين وشخصية المسئولية حتى لا تزر وازرة وزر أخرى والرفق بالمدين وإنظاره إلى حين ميسرة وكتابة الديون وتوثيقها وقاعدة الضرورة التى لا تخفى أهميتها فى إكساب النظم التشريعية الراقية نوعا من المرونة فى الاستجابة للمصالح الأساسية فى الظروف المختلفة. ومن هذه القواعد قاعدة رعاية المصالح ورفع الحرج وجلب المشقة للتيسير ورفع الضرر وإزالته. ولا تخفى أهمية هذه القواعد العامة فى دفع التفكير الفقهى إلى التطور وتيسير قيام الفقهاء المسلمين بواجباتهم منذ عصر الصحابة، كما لا يخفى أن كثيرا من هذه القواعد مما لم يكن معروفا فى النظم القانونية المطبقة فى الجزيرة العربية أو فيما حولها .

د - وضع أسس عدد من النظم التشريعية ؛ ففى العبادات آقامت الآية السادسة من سورة المائدة نظام الطهارة كاملا : الوضوء - الاغتسال من الجنابة - التيمم، وشرع القرآن الصوم وبين زمنه، كما تكررت فيه الإشارة إلى الحج والعمرة والهدى وأشهر الحج والوقوف بعرفة. وفى مجال العلاقات القانونية البحتة يوجه القرآن النصيب الأوفى من عنايته إلى ثلاثة مجالات أولها أحكام الأسرة من زواج وخطبة ومهر وأنواع المحرمات من النساء ومن طلاق وعدة ونفقة وحضانة ومواريث ووصايا والثانى : أحكام الجنايات والعقوبات عليها،

حيث شرع القصاص والديات والعقوبة على السرقة والحرابة والزنا والقذف. والثالث : علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول فى أحوال السلم والحرب.

وأهم النتائج التى ترتبت على هذا التنوع فى المجالات التى نظمتها التشريعات القرآنية طبقا لما سبقت الإشارة إليه – فيما يلى :

١– تيسير قيام قضاة الفقهاء المسلمين وفقهائهم بعد وفاة الرسول ﷺ بالاجتهاد فيما يعرض عليهم من منازعات وقضايا .

٢– الاستناد إلى هذه القواعد فى إقامة علم التشريع الإسلامى أو الفقه وأصوله واستمرار هذه القواعد فى تسديد التفكير الفقهى والأصولى .

٣– تُكوِّن هذه الأسس الواردة فى القرآن الكريم العناصر الذاتية لوحدة التشريع فى الأمة الإسلامية عبر أجيالها المتلاحقة على الرغم من احتمالات الاختلاف فى فهم نصوص التشريعات القرآنية .

أسلوب القرآن الكريم ومنهجه فى مواجهة الأوضاع الاجتماعية السائدة :

لم يعمد القرآن الكريم إلى أسلوب الهدم الكامل للأوضاع والأعراف السائدة فى المجتمع عند نزوله، وإنما اتبع أسلوبا مزدوجا من : الإقرار للأوضاع الاجتماعية التى لا تتناقض مع الأصول الأخلاقية والاعتقادية التى ألزم بها أتباعه من جهة، والهدم للأعراف التى تتناقض مع هذه الأصول من جهة أخرى. يوضح ذلك من الزواج الإبقاء على الخطبة ونوع الزواج الدائم الذى يقوم على الاستقرار والمودة مع هدم كل صور العلاقات الأخرى، كالبغاء ونكاح الأخدان أو تعدد أزواج المرأة أو نكاح المقت الذى يعنى أخذ الابن زوجة أبيه بعد وفاته .

وفى الميراث لم يكن للمرأة ولا للصغار حق الميراث فى المجتمع

العربى قبل الإسلام، فهدم القرآن هذه الأعراف وأثبت للمرأة وللصغار هذا الحق. وكذا لم يكن للمرأة حق الكسب والتملك للمال فى بعض المجتمعات العربية، فجاء القرآن بما يؤكد المساواة فى حق الكسب والتملك بناء على قاعدة (للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن) .

وكذا عالج القرآن موضوع انتشار الثأر فى المجتمعات القلية عن طريق إحلال القصاص محل الأخذ بالثأر، فأصبح الجانى وحده هو المسئول عن فعله ولم تعد القبيلة بأ سرها مسئولة عن هذا الفعل .

وقد ركز القرآن فى إحداث التغيير فى الأوضاع الاجتماعية السائدة وقت نزوله على غرس المبادىء الخلقية والاعتقادية التى تأتى المفاهيم القانونية والتشريعية ترجمة لهذه المبادىء الأساسية فى المجتمع ببيان الحقوق والواجبات المترتبة عليها. ولذا نجد أن معظم المفاهيم الأساسية والحيوية التى يقوم عليها أى مجتمع متحضر يعبر عنها القرآن فيما يشبه أن يكون إلزاما خلقيا ؛ فالرحمة بالضعاف ونفى الغبن فى المعاملات التجارية وعدم الميل والحيف فى تحقيق العدالة .. كل هذه المفاهيم ترد فى القرآن باعتبارها معايير السلوك المطلوبة.

وقد استمر اجتهاد الفقهاء فى العصور المختلفة لإخضاع أعراف التعامل فى المجتمعات الإسلامية لهذه المبادىء الأخلاقية والاعتقادية التى جاء بها القرآن بقبول ما يتفق مع هذه المبادىء ورفض ما يخالفها.

ومن جهة أخرى فقد اتسم أسلوب القرآن فى التغيير بالتدرج فى بعض الأمور التى يصعب على المتعاملين بها الخروج منها دفعة واحدة. من ذلك موضوع تحريم الخمر والأمر بترك التعامل بالربا ؛ ففى الخمر جاءت الآيات فى مراحل متعاقبة، فبينت أولا اختلاط المنافع بالمفاسد مع غلبة المفاسد فى الخمر (البقرة : ٢١٩)، ثم

اتجهت بعد ذلك إلى النهى عن أداء الصلاة فى حالة السكر (النساء ٤٣) لتنتهى بعد ذلك إلى النهى عن شرب الخمر مطلقا (المائدة : ٩٠ - ٩١). وكذا الحال فى الربا، حيث بدأت سورة الروم (آية: ٣٩) ببيان أن الربا فى أموال الناس لا يحقق شيئا من الفائدة عند الله، ثم بينت سورة النساء (آية : ١٦٠ - ١٦١) استحقاق اليهود اللعن بأكلهم الرباء، ثم تنتهى الآية رقم ١٣٠ من سورة آل عمران إلى المنع من أكل الربا أضعافا مضاعفة، وهو ما تؤكده الآيات الواردة فى الموضوع نفسه من سورة البقرة .

ومن هذا يتضح تميز أسلوب القرآن فى مواجهة الأوضاع الاجتماعية السائدة بالملامح والخصائص التالية :

١- هدم الأوضاع الاجتماعية والأعراف المخالفة لأصوله ومبادئه

٢- الأخذ فى هذا الهدم بأسلوب التدرج التشريعى فى الأمور التى يصعب التخلص منها مرة واحدة .

٣-إقرار الأعراف الملائمة لهذه الأصول والمبادىء الأخلاقية والاعتقادية التى جاء بها القرآن الكريم .

السمات العامة للتشريع القرآنى :

من هذا كله يتضح أن التشريعات القرآنية تتسم بالسمات التالية :

١- إحاطة النصوص التشريعية القرآنية بالأحكام اللازمة لضبط الحياة الاجتماعية وتنظيم حياة المسلم وعلاقاته مع الآخرين .

٢- تيسير إقامة نظام تشريعى يستند إلى هذه الأسس التى أقامها التشريع القرآني.

٣- ترقية الفكر القانونى السائد بنقض الأعراف الظالمة، كالأمر بإنظار المدين المعسر إلى حين ميسرة ورفع منزلة المرأة فى الزواج والملكية والاعتراف لها بالحق فى الميراث.

٤- إفساح المجال لتطور التفكير القانونى فى ضوء هذه المبادىء

العامة والقواعد الكلية التى أتت بها التشريعات القرآنية

٥- إضفاء الوحدة على العمل التشريعى والمجتمعات الإسلامية

٦- الاعتماد على السنة فى بيان الأحكام التفصيلية والإجراءات العملية طبقا لما يأتى توضيحه عند الحديث عن المصدر الثانى وهو السنة النبوية .

ثانيا - السنة النبوية

التعريف بالسنة :

السنة فى اللغة الطريقة المعهودة المتكررة أو السيرة المألوفة المحافظ عليها. وهى بهذا المعنى فى قوله ﷺ «من سن سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها .. ومن سن سنة سيئة فعليه وزرها ووزر من عمل بها». ومنه كذلك قوله تعالى (سنة الله فى الذين خلوا من قبل ولن تجد لسنة الله تبديلا) وبهذا تطلق السنة على الطريقة المحمودة أو المذمومة على السواء

وقد أطلقت السنة بهذا المعنى العام على الطريقة السائدة المألوفة أيام النبى ﷺ أو أيام خلفائه الراشدين، وكانت تعد مصدرا للاقتداء بها فى الاجتهاد الفقهى .

أما فى الاصطلاح الأصولى فتطلق السنة على كل ماصدر عن الرسول ﷺ من قول أو فعل أو تقرير أو صفة. وتشمل السنة بهذا الإطلاق الأقوال التى صدرت عن الرسول والأفعال التى أداوها فى عباداته ومعاملاته، كما تشمل إقراره للأفعال التى صدرت من صحابته ب، وما ورد بشأن صفاته الخلقية والخُلُقية التى لا يتعلق بها التشريع من مثل ماورواه أنس أنه كان رجِل الشعر ليس بالسَّبِط ولا بالجعد . ولا يختلف عن ذلك معنى الحديث ؛ فإنه يطلق كذلك على «ماروى عن النبى ﷺ من قول أو فعل أو تقرير أو صفة».

السنة التشريعية وغير التشريعية :

اجتمع للنبى ﷺ فترة وجوده بالمدينة القيام بعدة وظائف، هى على النحو التالى :

١- وظيفة التبليغ عن ربه ما أرسله به وما أوحاه إليه، وذلك بمقتضى قوله تعالى (يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك وإن لم تفعل فما بلغت رسالته) من ذلك بيانه لما يحل ويحرم فى العبادات وفى المعاملات والجنايات وغيرها .

٢- واجبه فى الفتيا والقضاء، حيث كان الواجب على الصحابة أن يرجعوا إليه للحكم بينهم فيما شجر من خلاف، بمقتضى قوله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما) . وإنما يقضى الرسول أو يفتى بأن يحكم بما يجده فى الأدلة الشرعية، وهو فى هذا يطبق الأحكام الشرعية الموحى بها إليه ولا يبلغ أحكاما جديدة. ولهذا يقول ﷺ : إنكم تختصمون إلى ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه، وإنما أقتطع له قطعة من النار»

٣- تصرفه بالإمامة والسياسة فى الخلائق لضبط معاقد المصالح ودرء المفاسد وقمع الجناة وقتل الطغاة وتوطين العباد فى البلاد .

٤- تصرفه بحكم طبيعته البشرية بالأكل والشرب واللبس وتفضيل بعض الأشياء وعدم الرغبة فى بعضها الآخر، كانصرافه عن أكل الضب لأنه ليس طعامه ولا طعام قومه، بمعنى أنه لم يعتد أكله.

ومن الواضح أن السنة التى صدرت عنه بمقتضى وظيفته فى التبليغ هى السنة التشريعية. أما تصرفاته بالإفتاء والقضاء والسياسة فهى تطبيقات للمبادى التشريعية الواردة فى القرآن والسنة، ويستفاد بها فى النظر الفقهى من جهة كونها تفسيرات للأحكام التشريعية المتضمنة فى القرآن والسنة .

حجية السنة والالتزام بالعمل بها :

انعقد إجماع علماء المسلمين على أن السنة مصدر يدل على الأحكام الشرعية ومستند هذا الإجماع من القرآن فيما يلى

١- الأمر المتكرر فى القرآن بوجوب طاعة اله ورسوله فيما يزيد عن ثلاثين موضعا منه .

٢- نص القرآن الكريم على دور السنة فى بيان أحكامه. من ذلك قوله تعالى : (وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم)

٣- بيان القرآن الكريم أن الرسول مبلغ عن ربه وأنه لا ينطق عن هواه. قال تعالى: (والنجم إذا هوى. ما ضل صاحبكم وماغوى. وما ينطبق عن الهوى. إن هو إلا وحى يوحى)

وقد عنى الصحابة والتابعون وتابعوهم برواية السنة وتوثيقها بالنظر إلى هذه الحجية .

رواية السنة وثبوتها :

يتألف موقف الغالبية العظمى من الباحثين المسلمين تجاه رواية السنة والثقة بهذه الرواية من المعانى التالية :

١- لم تدون السنة فى عهد الرسول ﷺ ولا فى عهد الصحابة والتابعيين وتابعيهم، لصعوبة ذلك فى هذه الفترة، حيث كان الرسول قد قالها أو فعلها فى مواقف متنوعة، واستمر الحال بعده على ماكان عليه فى عهده حتى تطور منهج جمعها وتدوينها فى القرن الثانى الهجرى .

٢- برز الاهتمام بالسنة والانشغال بروايتها بعد وفاة الرسول ﷺ مباشرة ولم يتأخر نظرا لأهميتها العملية فى فهم التشريعات القرآنية وفى تطبيق هذه التشريعات. يدل على ذلك قضية الجدة التى جاءت إلى أبى بكر تسأله ميراثها، فقال: ما أجد لك فى كتاب الله شيئا، ثم سأل الناس فقام المغيرة بن شعبة، فقال سمعت رسول الله ﷺ يعطيها

السدس، فقال له هل معك أحد؟ فشهد محمد بن مسلمة بمثل ذلك فأنفذه لها .

وقد أوجب هذا الانشغال براوية السنة عدم إمكان تطبيق التشريعات القرآنية بمعزل عنها حتى فى الأركان الأساسية للإسلام كالصلاة والزكاة والحج وكانت السنة هى التى قدمت العون الحقيقى لهذا التطبيق .

٣- ظهرت بعض الأحاديث الموضوعة وغير الصحيحة منذ القرن الأول الهجرى فجد الفقهاء والمحدثون والعلماء فى تمييز الأحاديث الصحيحة من غيرها ودأبوا على معرفة من يروون عنهم وذكر أسمائهم فتطور نظام الإسناد، وبدأ البحث فى أحوال الرواة ودرجتهم فى الضبط والعدالة. واشتهر من بين التابعين وتابعيهم من كان يعرف بقدرته على التمييز بين الحديث الصحيح والضعيف. من ذلك ما يروى أن إبراهيم النخعى زعيم مدرسة الكوفة الفقهية كان صيرفيّ الحديث .

أنواع السنة :

تنقسم السنة من حيث روايتها عن الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الأنواع التالية:

الأول ـ الحديث المتواتر : وهو الذى رواه جمع عن جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب أو الوهم والخطأ، وذلك كثير فى السنة العملية كأركان الصلاة والحج. ومنه فى السنة القولية قوله ﷺ « إنما الأعمال بالنيات » وقوله : من كذب على متعمدا فليتوأ مقعده من النار ».

ويتضح من تعريف المتواتر وأمثلته وجوب استجماع الشروط التالية فيه :

١- كون الرواة جميعا كثيرا لا يجتمع مثلهم على الكذب أو الخطأ. ولا يتقيد هذا الجمع فى التوتر بعدد معين، والعبرة بأمن إمكان الخطأ أو النسيان أو الكذب ؛ فلو اتفق عدد من الرواة على رواية شيء

معين مع اختلاف مقارّهم وبيئاتهم وظروفهم فهذا يورث نوعا من اليقين بأنهم سمعوا هذا الذى يروونه .

٢- الاستناد إلى الحس أو المشاهدة كالسمع أو الرؤية. أما لو كان ما يروونه مستندا إلى التفكير العقلى فلا يعد هذا من قبيل التواتر. وهذا هو الذى يفرق بين الإجماع والتواتر. ذلك أن الإجماع اجتهاد يتفق فيه الناس على أمر معين، مع استنادهم فى هذا الاجتهاد إلى نص شرعى، هو مستند الإجماع، على حين أن التواتر عبارة عن نقل أمر مسموع أو مشاهد بالعين مع تعدد الناقلين لهذا الأمر على نحو لا يحتمل اتفاق الناقلين له على الكذب أو الخطأ.

٣- توافر التواتر فى الطبقات كلها ؛ فلو توافر التواتر فى طبقة الصحابة ولم يتوافر فى التابعين ثم تواتر بعد ذلك فى طبقة تابعى التابعين لم يعتبر هذا من التواتر .

حكم الحديث المتواتر وأنواعه :

يفيد الحديث المتواتر يقين الثبوت عن النبى صلى الله عليه وسلم، وهو فى منزلة القرآن من حيث وجوب العمل به وكفر جاحده. غير أن الأحاديث المتواترة نادرة وتنحصر بالنسبة بلأحاديث القولية فى عدد محدود لا يتجاوز أصابع اليد الواحدة، لكن يوجد بعضه فى السنه الفعلية وإن لم يكن كثيرا كذلك، ويتعلق بأمور الدين الأساسية .

ويشبه أن يكون التواتر أساسا منطقيا للثقة بالمرويات الأساسية أكثر من أن يكون نوعا مقابلا للنوع الآخر من الروايات، وهو أخبار الآحاد، فإنه لا مقارنة بينهما من حيث العدد .

وينقسم التواتر إلى نوعين : أولهما التواتر اللفظى، وهو اجتماع شروط التواتر فى المروى مع اتحاد لفظه والمعنى المقصود منه. والثانى التوتر المعنوى، وهو وجود معنى مشترك بين أحاديث متعددة غير متواترة، من ذلك اشتراط التعمد لإيجاب القصاص، حيث لا يوجد نص واحد متواتر اللفظ يدل على هذا المعنى. غير أن عددا من المرويات

يتوارد حول هذا المعنى، من ذلك حديث إنما الأعمال بالنيات، وإيجاب الدية فى قتل الخطأ وشبه العمد وإيجاب الدية فى قتل الصبى والمجنون ولو كانا عامدين بناء على أنه لانية لهما ورفع الإثم عن الخطأ والنسيان إلى غير هذا من الأحاديث الدالة على نقص المجازاة بغياب نبة التعمد. وبهذا فإن التواتر المعنوى يتحقق إذا اشتركت عدة مرويات فى معنى من المعانى، حتى ولو لم يتحقق التواتر فى أى منها، وكثير من المبادىء الأساسية للتشريع الإسلامى مما ينهض على أساس التواتر المعنوى لإيجاب القصاص ، حيث لا يوجد نص واحد متواتر اللفظ يدل على هذا المعنى . غير أن عددا من المرويات يتوارد حول هذا المعنى ، من ذلك حديث إنما الأعمال بالنيات ، وإيجاب الدية فى قتل الخطأ وشبه العمد وإيجاب الدية فى قتل الصبى والمجنون ولو كانا عامدين بناء على أنه لانية لهما ورفع الإثم عن الخطأ والنسيان إلى غير هذا من الأحاديث الدالة على نقص المجازاة بغياب نبة التعمد . وبهذا فإن التواتر المعنوى يتحقق إذا اشتركت عدة مرويات فى معنى من المعانى ، حتى ولو لم يتحقق التواتر فى أى منها ، وكثير من المبادىء الأساسية للتشريع الإسلامى مما ينهض على أساس التواتر المعنوى .

الثانى ـ الحديث المشهور أو المستفيض : هو ما رواه من الطبقة الأولي (الصحابة) عدد لم يبلغ التواتر ، وإن رواه في الطبقة الثانية (التابعون) وما تلاها عدد يبلغ مبلغ حد التواتر . ومن الواضح أن الحديث المشهور هو حديث آحاد في الطبقة الأولي ومتواتر بعد ذلك. وإنما ارتفع عن حديث الآحاد مع كونه منه في طبقة الصحابة لعدالتهم علي وجه العموم. وهذا التمييز بين المشهور والآحاد هو مذهب الأحناف. أما الجمهور فيجمعون بين المشهور والآحاد ويعتبرونهما قسما واحدا. ومن هذا القسم عند الأحناف حديث : « لا تنكح المرأة علي عمتها ولا علي خالتها ».

حكم الحديث المشهور عند الأحناف: يفيد الحديث المشهور عند الأحناف ظنا قريبا من اليقين من حيث ثبوت نسبته إلي الرسولﷺ. ويترتب علي إفادة الحديث المشهور هذا الظن القريب من اليقين جواز تقييد المطلق وتخصيص العام من القرآن به كما جاز ذلك بالحديث المتواتر. وتصح الزيادة به علي ما في كتاب الله ، « لكن لا يكفر جاحده، لأن جحوده لا يؤدي إلي تكذيبه عليه الصلاة والسلام، لأنه لم يسمع منه عدد لا يتوهم تواطؤهم علي الكذب، بل يؤدي إلي تخطئة العلماء، وهي ليست بكفر بل بدعة وضلالة».

ومن الحديث المشهور عند الأحناف تقييد الوصية بالثلث في حديث سعد بن أبي وقاص حينما أراد أن يوصي بماله كله أو نصفه فقال له صلي الله عليه وسلم : الثلث والثلث كثير.

ومن تخصيص العام بالحديث المشهور أن قوله تعالي (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) عام في توريث الأولاد مطلقا، فبنيت السنة أنه لا ميراث لقاتل فخص الأولاد الوارثين بألا يقتلوا مورثيهم. وقد جاءت الوصية المقدمة علي الميراث علي وجه العموم فخصصتها السنة بألا تكون لأحد من الوارثين بقوله ﷺ لا وصية لوارث .

ثالثا – خبر الآحاد : ما رواه عن رسول ﷺ عدد لم يبلغ حد التواتر لا في عصر الصحابة ولا في عصر التابعين ولا في عصر تابعي التابعين. ومعظم السنة التي بين أيدينا من أخبار الآحاد.

حكم خبر الآحاد : يتعلق بخبر الواحد الأحكام التالية :

١ – يفيد خبر الواحد الظن الراجح باجتماع شروط الصدق والضبط في الراوي. لكن بعض المحدثين ذهبوا إلي أنه يفيد العلم اليقيني متي ثبت صدق الراوي . ويستبعد الغزالي علي أصحاب هذا الرأي أن يكونوا قد عنوه فعلا، ولذا يحمل العلم المستفاد من خبر

الواحد عندهم علي العلم الظني. وينسب الجويني وجوب العلم بخبر الواحد العدل إلي بعض الحنابلة وبعض المحدثين، ويرد هذا الرأي باحتمال سهو الراوي العدل، أو الخطأ في الحكم بعدالته*

٢- يجب العمل بخبر الواحد متي ثبت صدق الراوي وضبطه في أمر التشريع والأخلاق، لكن لا يجب العمل به في مجال الاعتقاد، لأن الاعتقاد لا يبني علي الظن بل علي اليقين.

والدليل علي وجوب العمل بخبر الواحد في الأمور العملية إجماع الصحابة.

شروط العمل بخبر الواحد :

تتنوع الشروط الواجبة للعمل بخبر الواحد إلي ما يتعلق بالراوي وإلي ما يتعلق بالمروي.

أما الذي يتعلق بالراوي من الشروط فهي :

أ- **التمييز وكمال العقل**، فلا تقبل رواية المجنون والصبي الذي لايميز. أما الصبي المميز فقد قبل العلماء روايته، وقد كثرت الرواية عن عدد من الصحابة الذين سمعوا من النبيﷺ! في صغره. من هؤلاء أنس بن مالك وابن عباس وأبو سعيد الخدري. أما الغزالي فيشترط البلوغ في الراوي لقبول خبره. ويروي إجماع الصحابة علي رد أخبار الصبيان*

ب - **العدالة**، فلا تقبل رواية الفاسق، لأنه غير أهل للثقة. والعدالة معناها في اللغة الاستقامة، وهي في الاصطلاح بمعني رجحان جهة الدين والعقل علي اتباع طريق الهوي والشهوة، ولذا تسقط عدالة الراوي بارتكابه الكبائر أو بإصراره علي الصغائر أو بارتكابه شيئا من الأشياء المخلة بالمروءة كأخذ أشياء الناس دون إذنهم*

جـ ـ الضبط، وهو قدرة الراوي علي أداء ما سمعه كما هو دون تزيد أو نقصان. أما إذا لم يكن قادرا علي ضبط ما يسمعه وأدائه كما سمعه فلا يعتد بروايته.

ويشترط في المروي أمور أهمها :

أ ـ ألا يخالف « المروي ما هو معلوم بضرورة العقل أو نظره أو الحس أو المشاهدة . وبالجملة كل ما خالف علما يقينيا ». ويستقيم هذا الاشتراط مع إفادة خبر الواحد الظن، ومفاد هذا الشرط أن خبر الواحد إذا عارض ما هو أقوي منه لم يجب العمل به.

ب ـ ألا يخالف « نصا قاطعا من كتاب أو سنة أو إجماع الأمة»

جـ ـ ألا يكون المروي أمرا عاما تتوافر الدواعي علي نقله وينفرد براويته أحد الناس. ولذا لو روي أحد أن الرسول أعقب جماعة من الذكور أو أنه نص علي إمام بعينه أمام الناس أو أنه فرض صلاة سادسة قطعنا بكذب الراوي، لأن الموضوع عام وتحيل العادة كتمان مثل ذلك، لتوافر الدواعي علي نقل مثل هذه الأمور، ولذا لا يقبل انفراد أحد الرواة برواية شيء من مثل ذلك.

رابعا – الأحاديث المرسلة : يعد الحديث مرسلا إذا رواه التابعي عن الرسول ﷺ دون ذكر اسم الصحابي الذي روي عنه. من ذلك ما رواه الحسن البصري وسعيد بن المسيب وإبراهيم النخعي والشعبي وغيرهم من أعلام التابعين. وفي حجية المرسل اختلاف الفقهاء علي النحو التالي :

١– مذهب الأحناف قبول العمل بمراسيل كبار التابعين.

٢– أما الشافعي فلا يقبل العمل بالمرسل، وهو الذي اختاره الغزالي ورجحه في كتابه المستصفي . ويلخص الغزالي موقف العلماء

من هذا النوع من الحديث بقوله : «المرسل مقبول عند مالك وأبي حنيفة والجماهير ومردود عند الشافعي.. وهو المختار» وقد أخذ المحدثون برأي الشافعي ومالوا إليه.

ويتفق أخذ أئمة الأحناف والمالكية بالحديث المرسل دون الشافعية والمحدثين مع تطور نظام الإسناد، حيث لم يظهر هذا النظام دفعة واحدة، وبدأ الاهتمام به بعد حدوث الفتنة وانقسام المسلمين بين علي ومعاوية، وظل في التطور طيلة القرن الأول الهجري، وكان من الطبيعي ألا تشترط مدرستا المدينة والكوفة الاتصال في الحديث وتحديد التابعي لاسم الصحابي الذي روي عنه، وورث المذهبان المالكي والحنفي تقاليد هاتين المدرستين فأخذا بالحديث المرسل. أما المذاهب التي ظهرت بعد اكتمال نظام الإسناد فقد حقّ لها أن تنظر إلى الحديث المرسل بعين الحذر والتوجس. وحجة عدم قبول الحديث المرسل قوية ؛ فإن الراوي لو ذكر الشيخ المروي عنه ولم يكن عدلا لم نقبله، وإذا لم يسمه فإن الجهل بحاله يكون أتم، فمن لا يعرف شخصه لم تعرف عدالته. وكذلك فإن التابعي لا يروي عن الصحابة وحدهم، بل يحتمل أن يروي عن تابعي أكبر أو أحفظ للأحاديث منه. وهذا هو الذي دفع المحدثين إلى إنكار حجية الحديث المرسل.

ثالثا - الإجماع

أصل الإجماع وتطوره:

يستند الإجماع كمدرك من مدارك الحقيقة إلى شعور فطري ؛ إذ يجد الإنسان من نفسه دافعا إلى التسليم والقبول لما يشترك معه الآخرون في تصديقه والاتفاق عليه، ويستعين الإنسان ببعض صور الإجماع في صوغ آرائه وأفكاره ومواقفه العملية في كثير من المواقف وفي تشكيل فروضه الأساسية. وتبدو أهمية هذا الأسلوب المنهجي في أن لكل مجتمع من المجتمعات مسلماته الخاصة وفروضه الأساسية التي

استقرت في وجدان أفراده ويتوارثها الخلف عن السلف. وفي هذا دلالة علي رجوع أسلوب الإجماع إلي الفطرة الإنسانية وعلي استناده إليها، شأنه في هذا شأن الوسائل المنهجية الأخري التي يعتمد عليها الإنسان في الوصول إلي المعرفة. وهو لا يختلف في هذا عن مناهج التجربة والملاحظة والاستقراء.

وهذا الأصل الفطري للإجماع هو الذي أدي إلي سرعة ظهوره في وعي الصحابة والتعبير عنه في أقوالهم والاعتماد عليه في عدد من الوقائع العملية، من بينها اختبار أهل الحل والعقد أبا بكر خليفة للمسلمين، واتفاقهم علي بدء حروب الردة وعلي بدء حركة الفتوحات الإسلامية وعلي جمع القرآن وتطبيق أحكامه في حياتهم وغير ذلك من المسائل الرئيسية التي واجهت المسلمين بعد وفاة الرسول، وكان إجماعهم علي أساليب التصدي لها هو الذي مكنهم من مواجهتها. ولم يقف اعتماد الصحابة علي الإجماع عند حدود هذه المسائل الرئيسية بل ظهر علي نحو متكرر في مسائل الفقه وفروعه، وخاصة في عهد عمر بن الخطاب الذي قاد المسلمين إلي الاتفاق علي رأي واحد، كما هو الحال في تأسيس النظام المالي للدولة الإسلامية وإقرار أهل البلاد المفتوحة علي أراضيهم يزرعونها ويؤدون خراجها للدولة الإسلامية. ومن ذلك رأيه في عدد من مسائل الميراث والطلاق، كتشريك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم وإيقاعه الطلقات الثلاث بلفظ واحد ثلاث تطليقات مع أنها كانت تقع واحدة علي عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم وأبي بكر. ومن ذلك أيضا اتفاقهم علي تنصيب خليفة للمسلمين ومشروعية الاجتهاد في التعرف علي لأحكام الشرعية وجواز التقليد للعامي.

وعندما تكونت المدارس الفقهية في القرن الأول الهجري وحدث التقابل بين أشهرها، وهي مدرسة الكوفة والمدينة، ظهر الاتفاق داخل كل مدرسة علي عدد من المبادىء والأحكام الفرعية علي نحو تميزت

به كل مدرسة عن غيرها. وتظهر هذه الاتفاقات التي تمسكت بها كل مدرسة في مقابل غيرها في عدد من المؤلفات التي ترجع إلي القرن الثاني الهجري، من مثل كتاب الحجج المبينة في الرد علي أهل المدينة للإمام محمد بن الحسن الشيباني. ويدل هذا الكتاب ورد الإمام الشافعي عليه في الجزء السابع من الأم علي وجود اتفاق داخلي بين أعضاء المدرسة الواحدة، وقد توارثت هذه المدارس هذه الاتفاقات واستمرت عليها إلي وقت لاحق، وانبري المخلصون من أبنائها إلي الدفاع عن تقاليدها واجتماعاتها علي نحو كان له أثره في تميز كل مدرسة عن غيرها واستقلالها وإقدارها علي البقاء.

وتكاد تكون هذه هي الصورة الأولي من حيث التطور التاريخي للإجماع. وتتسم هذه الصورة بالواقعية والتعلق بالمسائل الفقهية الفرعية وبعض الجزئيات الأخرى. غير أن هذه المرحلة من الإجماع لم تشهد تحقيق أي مفهوم للإجماع أو تقنين شروطه أو كيفيات الإفادة منه أو الأسس التي يستند إليها أو الأدلة التي تقوم عليها حجيته. غير أن هذه الجوانب النظرية لهذا الإجماع الإقليمي أو المدرسي ما لبثت أن طرحت علي مائدة البحث والنقاش. ويتجلي ذلك في رسالة الإمام مالك إلي الليث بن سعد فقيه مصر في القرن الثاني الهجري. وينقم مالك علي الليث في هذه الرسالة مخالفته لإجماع أهل المدينة ومذهبهم. ويشير إلي أهمية هذا الإجماع في تحديد معاني النصوص وتفسيرها وفي تحديد الحكم الشرعي عند عدم وجود النص، كما يوضح في هذه الرسالة الأسس المنطقية والأدلة الشرعية التي يقوم عليها هذا النوع من الإجماع. وقد رفض الليث هذه الأسس والأدلة التي تحصر الحجية في إجماع أهل المدينة، وذلك في رده علي رسالة الإمام مالك. وأوضح أن هذه الأدلة تقدم أسس الاعتراف بحجية هذا الإجماع المحلي أو المدرسي في البيئات الأخري، بحكم أن صحابة الرسول ﷺ قد تفرقوا في الأمصار المختلفة ونقلوا إليها السنن فحق

لفقهاء هذه البلاد أن يجتهدوا لأنفسهم وأن يعملوا بما أداهم إليه اجتهادهم.

غير أن الشافعي قد هاله اختلاف الناس في الأمصار المختلفة وتمسك كل مدرسة بما اتفق عليه زعماؤها، وقد أراد التقريب بينهم لإضفاء الوحدة والتناسق علي الاجتهاد الفقهي، فعمد إلي استبعاد هذا الإجماع المحلي الضيق والمحدود بحدود المدرسة الواحدة، فاتجه إلي استحداث مفهوم جديد للإجماع، يقوم علي العموم وشمول علماء المسلمين جميعهم في الأمصار المختلفة. وهذا هو الذي يعرف به الإجماع، إذ يقول : « لست أقول ولا أحد من أهل العلم هذا مجتمع عليه إلا لما لا تلقي عالما أبدا إلا قاله لك وحكاه عمن قبله كالظهر أربع وكتحريم الخمر وما أشبه . ويبدو أن هذا الرأي قد صيغ قبل الشافعي في بيئات الاعتزال والمذهب الحنفي، إذ إنه يعبر عن اشتراكه في هذا التحديد للإجماع مع أهل العلم. غير أنه هو الذي أبرز هذا المفهوم وألح عليه في إطار نظريته الأصولية. وينحصر ما أجده الشافعي في تحديده مفهوم الإجماع في الأمور التالية :

١- استبعاد الإجماع المحلي الإقليمي.

٢- إحلال مفهوم الإجماع العام الواسع الذي يشمل علماء المسلمين جميعهم في الأمصار الإسلامية المختلفة.

٣- تحديد وظيفة الإجماع في تأكيد المفاهيم الأساسية الواضحة التي لا يجوز الخلاف فيها. وبهذا وجد الفقه الإسلامي الوسيلة المنهجية التي تضمن الاتفاق علي الفروض الأساسية فيه أو المبادىء العامة التي تشكل قوامه وروحه وتضمن له وحدته.

٤- تضاؤل دور الإجماع في استنباط أحكام فقهية وتضييق احتمالات تحققه ؛ إذ لا يتحقق الإجماع بهذا إلا في الأمور الأساسية التي لا يسع أحدا الخلاف فيها ولا تلقي عالما أبدا إلا قاله لك بتعبير الشافعي.

٥- استناد الإجماع إلي النصوص القطعية الدلالة والثبوت، لأن النصوص المحتملة في الثبوت أو الدلالة لا يتحقق الإجماع حولها. وبهذا فإن الدور الذي كان يحققه الإجماع الإقليمي في تفسير النصوص أو في الحكم علي ثبوتها قد تضاءل للغاية بعد انتقال الإجماع إلي هذا المفهوم العام الشامل للفروض الأساسية وحدها التي لا تلقي عالما أبدا إلا قالها لك وحكاها عمن قبله.

لقد أصبح الإجماع بفضل تحديد الشافعي له علي هذا النحو درعا يحمي الفقه الأسلامي من تسلل أي عنصر أو حكم أو مبدأ لا يتفق مع روحه العامة ويناقض مبادئه التي يقوم عليها.

غير أن النظرية الأصولية لم تقف بالإجماع عند هذا الحد، فقد بذلت جهود أخري لإضفاء نوع من الحيوية علي الدور الذي يمكن للإجماع القيام به. ولعل للمعتزلة فضلا كبيرا في تطوير مفهوم الإجماع وتجاوز الحدود التي قيده بها الشافعي، وهذا هو ما يدل عليه هذه الصور التي قدمها أبو الحسين البصري في المعتمد شرح العمد للاحتجاج بالإجماع وإمكان الإفادة منه. ويدل علي فضل المعتزلة في دفع مفهوم الإجماع إلي التحديد النهائي وجود هذا الفرق الواضح بين تناول مباحثه في رسالة الشافعي وبين تناول هذه المبحاث نفسها في كتب المعتمد والبرهان للجويني والمستصفي للغزالي.

تعريف الإجماع :

استقر الأمر لدي الأصوليين علي استبعاد مفهوم الإجماع المحلي الذي يحصره في اتفاق مجتهدي مدرسة بعينها وعلي تبني مفهوم أوسع للإجماع يشمل اتفاق فقهاء العصر جميعهم علي أمر من الأمور، ويحقق الإجماع بهذا دورا ذا أهمية خاصة في إنشاء الأساس النظري الئ تقوم عليه الثقة في المبادىء الفقهية الأساسية، حيث اعتبر الإجماع مفيدا للعلم اليقيني. ويتبادل الإجماع مع التواتر في إضفاء

الثقة بجملة المباديء الأساسية فيما ينقل من نصوص وفي تفسيرها وفهمها. وسأعود إلي هذا لتوضيحه فيما بعد.

أما تعريف الإجماع بمعناه العام الواسع فيتردد أنه هو اتفاق المجتهدين من الأمة الإسلامية في عصر من العصور علي حكم شرعي بعد وفاة النبي ﷺ .

ويتألف هذا التعريف من المعاني التالية :

١- كون الاتفاق من المجتهدين، أما العوام ومن في حكمهم من غير من بلغوا رتبة الاجتهاد فليسوا من أهل الإجماع، ولا يتوقف انعقاده علي اتفاقهم.

٢- تعدد المجتهدين حتي يجري الاتفاق بينهم. أما إذا لم يتعددوا فلا يتحقق إجماع. وقد اشترط بعض الأصولين من المعتزلة بلوغ المجتهدين في العدد حد التواتر حتي يؤمن الوقوع في الخطأ مما يدل علي هذه الصلة المنطقية بين الإجماع والتواتر. واشترط البعض بلوغ عدد المجتهدين الذين يتحقق الإجماع باتفاقهم ثلاثة، لانه أدني عدد للجماعة. وطبقا لهذا الرأي يتحقق الإجماع إذا لم يوجد في عصر من العصور سوي ثلاثة من المجتهدين واتفقوا جميعا علي رأي واحد في حكم شرعي.

٣- الاتفاق الإجماعي غير الاتفاق بالأغلبية، ولهذا لو خالفت الأقلية ما اتفقت عليه الأغلبية في عصر من العصور لم ينعقد الإجماع. وهذا هو مذهب أكثر الناس. لكن ذهب أحمد بن حنبل في إحدي الروايتين عنه وأبو بكر الرازي ومحمد بن جرير الطبري وأبو الحسين الخياط إلي انعقاده . غير أنه يجب التفريق بين ما أجمع عليه المجتهدين كلهم وبين ما اتجهت إليه الأغلبية في المسائل الاجتهادية، حيث يفيد الاتفاق الإجماعي العلم اليقيني، وهو دور الإجماع ووظيفته، أما الاتفاق الأغلبي فلن يفيد هذا العلم اليقيني،

وسينحصر دوره في إفادة ظن راجح بصواب ما اتجهت إليه الأغلبية وخاصة إذا كان لرأي الأقلية وجه معتبر.

٤- لا يختص الإجماع بعصر من العصور كعصر الصحابة، وإنما يمكن تحقيقه في أي عصر. وقد خالف في ذلك أهل الظاهر وأحمد بن حنبل في إحدي الروايتين عنه ورأوا الإجماع خاصاً بعصر الصحابة وحدهم، لأنهم هم الذين ثبتت عصمتهم. ولا ينهض هذا الرأي علي أساس، لأن العبرة في الإجماع هو اتفاق المجتهدين المستند إلي دليل شرعي، وهو لا يختص بعلماء عصر دون من سواهم.

٥- كون المجتهدين من أمة محمد ﷺ، أما المجتهدون من الأمم الأخري فلا ينعقد الإجماع بهم، ولا يخرق بدونهم.

٦- يتحقق الإجماع في الأحكام الشرعية كالوجوب والحرمة والندب وغيرها، ولا يتحقق في الأحكام اللغوية أو العقلية.

أقسام الإجماع :

ينقسم الإجماع بالنظر إلي كيفية حدوثه ووقوعه إلي قسمين :

الأول : الإجماع الصريح القولي، هو الذي يكون باتفاق المجتهدين بتعبير صريح إيجابي عن رأيهم في حكم شرعي. وتزيد احتمالات حدوث مثل هذا الإجماع الصريح في العصر الحديث، حيث يمكن أن تتكفل المجامع الفقهية المؤلفة بالنظر في المسائل الحادثة والمعاملات الطارئة والانتهاء إلي رأي فيها. ومن أمثلة الإجماع الصريح الذي تحقق في العصر الحديث الاتفاق على جواز التأمين التبادلي Mutual Insurance أو التعاونى Cooperative Insurance الذي اتفق الكاتبون في التأمين علي حله. أما التأمين التجاري فقد اختلف الناس فيه واحتدم النقاش بشأنه إلي مجيز ومبطل، ولكل وجهته وأدلته التي يستند إليها

والثاني : الإجماع السكوتي، وهو أن يبدي بعض المجتهدين رأيه في حكم شرعي، ولايخالفه الآخرون صراحة كما لا يعبرون عن موافقتهم لهذا البعض، فهذا هو الإجماع السكوتي.

وإنما يتحقق هذا النوع من الإجماع بالشروط التالية :

١- الأ يتضمن السكوت دلالة على المخالفة.

٢- ألا يكون السكوت للخوف من الأذي أو الضرر. ذلك أن السكوت إن كان لشيء من ذلك لم يفد معني الرضا والموافقة.

٣- مضي مدة كافية للنظر في المسالة المجتهد فيها.

وإنما يتحقق الإجماع بالسكوت لأن صمت المجتهد عن المعارضة مع تمكنه من إبداء رأيه قد يحمل علي الموافقة، لأن السكوت في معرض الحاجة بيان. وقد اختلف العلماء في حجية الإجماع السكوتي، واتجهوا في ذلك الاتجاهات الثلاثة التالية :

الاتجاه الأول : أنه ليس بإجماع، لأنه لا ينسب لساكت قول، ولا يحمل سكوت المجتهد علي الموافقة، لاحتمال أنه لم ير داعيا لإبداء رأيه في المسألة المطروحة وهذا مذهب الشافعي والمالكية.

الاتجاه الثاني : أنه حجة تفيد القطع واليقين مثله مثل الإجماع الصريح، لأن السكوت يحمل علي الموافقة، متي قامت الأسباب الداعية إلي التعبير عن المعارضة إن وجدت وانتفت المخاوف المانعة من هذا التعبير. وهو مذهب الحنابلة وأكثر الحنفية.

الاتجاه الثالث : أن الإجماع السكوتي حجية ظنية، تفريقا بينه وبين الإجماع الصريح. وطبقا لهذا الرأي فإن الإجماع السكوتي إجماع لكنه لا يفيد اليقين.

أقسام الإجماع بحسب المجمعين :

يناقش الأصوليون عددا من أقسام الإجماع بحسب شخصيات المجمعين وانتماءاتهم، ومن ذلك ما يلي :

١- إجماع أهل المدينة : ذهب مالك إلي أن إجماع أهل المدينة حجة يلزم غيرهم اتباعهم فيما اجمعوا عليه. ويستدل لذلك بأدلة عديدة، من بينها أن المدينة دار هجرة النبي ﷺ ومستقر الإسلام ومجمع الصحابة فتكون الأعراف التي تكونت فيها مقبولة من الصحابة فلا يجوز الخروج عليها.

ويخالف الجمهور في هذا ويرون أن إجماع علماء المدينة وأهلها لا يكون حجة في أحوال مخالفة غيرهم لهم، لأن الصحابة قد تفرقوا في البلاد المختلفة، فلا يكون إجماع أهل المدينة بأولي من إجماع غيرهم.

٢- إجماع أهل البيت : مذهب الشيعةأن إجماع أهل بيت النبي صلي الله عليه وسلم حجة، وليس لغيرهم مخالفتهم فيما أجمعوا عليه، وذلك لأنهم « أهل بيت الرسالة ومعدن النبوة وإليهم الوقوف علي أسباب التنزيل ومعرفة التأويل وأفعال الرسول وأقواله لكثرة مخالطتهم له عليه السلام»، وأهل البيت هم علي وفاطمة والحسن والحسين. ويخالف أهل السنة في ذلك ولا يرون حجية لإجماع آل البيت.

٣- إجماع الخلفاء الراشدين : إذا اتفق الخلفاء الراشدون الأربعة على حكم شرعي لم يعتبر هذا إجماعا يلزم غيرهم اتباعه خلافا لبعض من ذهب إلي ذلك استدلالا بما روي من قوله ﷺ : « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي، عضوا عليها بالنواجذ »، ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن الرسول ﷺ أوجب اتباع سنة هؤلاء الخلفاء مثلما أوجب اتباع سنته.

حجية الإجماع :

يفيد الإجماع اليقين إن توافرت فيه الشروط السابقة، حتي لا تجوز مخالفته بعد انعقاده أو بعد انقراض المجمعين علي الخلاف السابق

بيانه، غير أنه لا يفيد سوي الظن عند كثير من العلماء في حالتين : أولهما الإجماع السكوتي والأخري الإجماع المنقول بغير طريق التواتر.

ويستدل علي حجية الإجماع بأدلة عديدة من القرآن والسنة والمعقول.

أما القرآن فيستدل منه علي حجية الإجماع بخمس آيات، أقواها في الدلالة علي هذه الحجية قوله تعالي (ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدي ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولي ونصله جهنم وساءت مصيرا) ؛ ووجه الاحتجاج بالآية أنه تعالي توعد علي متابعة غير سبيل المؤمنين، ولو لم يكن ذلك محرما لما توعد عليه ولما حسن الجمع بينه وبين المحرم من مشاقة الرسول).

ويستدل علي حجية الإجماع من السنة بعدد من أخبار الآحاد، مثل قوله ﷺ (أمتي لا تجتمع علي الخطأ، أمتي لا تجتمع علي الضلالة، ولم يكن الله بالذي يجمع أمتي علي الضلالة. .) ومثل قوله (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن). ولا يخفي أن الاستدلال علي حجية الإجماع وإفادته اليقين بأخبار الآحاد المفيدة للظن أمر لا يستقيم من الناحية المنهجية. ومن جهة أخري فإن الآيات التي يستدل بها علي حجية الإجماع ليست نصا فيه وتحتمل تفسيرها بغير هذا الوجه الذي يصلها بالإجماع، فإن سبيل المؤمنين هو التقوي والطاعة والامتثال، بل تحتمل الآية الدلالة علي هذا المعني بأقرب من دلالتها علي الإجماع، ولهذا احتاج الشافعي فترة غير قصيرة لتتبين له هذه الدلالة البعيدة للآية. ويزيد الأمر تعقيدا بمعرفة أن الفروض الفقهية الأساسية ومصادر الأحكام غير النصية تستند إلي الإجماع.

وفي تقديري أنه يمكن رفع هذا الإشكال المنطقي في المقام الأول بإقامة الإجماع علي الإجماع نفسه. ولامانع من ذلك فإن التجربة، وهي أسلوب منطقي، لا تجد أساسها المنطقي إلا في التجربة نفسها. توضيحه أن الإجماع يفيد بذاته الثقة والإطمئنان إلي نتائجه،

ولا يجد المرء حاجة إلي البحث عن أساس منطقي خارجي يدعم هذه الثقة لأمرين فيما يبدو، وهما :

١- ماهو مركوز في الفطرة الإنسانية من الثقة بما يتفق فيه مع غيره من آراء وأفكار.

٢- التجربة المفيدة لتطرق احتمالات الخطأ إلي ما ينفرد به الشخص عن غيره، وتضاؤل هذه الاحتمالات كلما اتفقت أعداد كثيرة في الرأي مع اختلاف الظروف والاتجاهات والمصالح.

لقد كره المناطقة المسلمون الاستدلال علي الشيء بنفسه منعا من التسلسل والدور، ولذا بحثوا عن أدلة أخري لا توجب الثقة بالإجماع، لتطرق الاحتمال إليها، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال، ويبدو أن الطريق الوحيد للخروج من ذلك هو إقامة الثقة بالإجماع علي الإجماع نفسه لتأييده بالفطرة والتجربة.

ويشبه الإجماع في ذلك أسلوب التواتر الذي تستند الثقة به إلي التجربة ؛ فإن الأخبار التي تنقل عن طريقه يندر تطرق احتمالات الخطأ إليها.

المبحث الثاني : المصادر الغير النصية

أولا : القياس

تقديم :

يتناول الأصوليون مبحث القياس لا باعتباره مصدرا تؤخذ منه الأحكام، كالقرآن والسنة والإجماع، وإنما باعتباره أسلوبا أو منهجا يتوصل به إلي الحكم الشرعي بمعونة هذه المصادر. ودوره بهذا مختلف عن الدور الذي يقدمه القرآن أو السنة أو الإجماع أيضا، فإن هذه المصادر تحتوي علي المباديء والقواعد لتشمل حالات جديدة لم ينص عليها لتوسيع التطبيق القانوني لما تضمنته هذه المصادر من قواعد ومباديء.

ومن جهة أخري فإن القياس الأصولي بأركانه ومسالك العلة فيه قد شكل إطارا منطقيا لمنهج التفكير الإسلامي علي نحو مثل الذاتية الإسلامية وعبر عن حضارة هذه الأمة في مواجهة التفكير المنطقي اليوناني الذي عبر عن شخصية الحضارة اليونانية. ويرجع إلي أبحاث أستاذنا الدكتور علي سامي النشار الفضل في كشف أهمية القياس الأصولي باعتباره منهجا منطقيا يعبر عن الحضارة الإسلامية، وذلك في كتابه القيم مناهج البحث عن مفكري الإسلام.

تعريف القياس :

القياس في اللغة هو التقدير والمساواة ؛ فقست الثوب بالذراع أي قدرته به، وتقول علم فلان لا يقاس بعلم فلان أي لا يساويه. وهو في الاصطلاح الأصولي عبارة عن إلحاق مالم يرد فيه نص علي حكمه بما ورد فيه النص لاشتراكهما في علة الحكم. وبهذا يتضمن القياس التسوية بين الأصل الذي ورد في النصوص حكمه وبين الفرع الذي لم ينص علي حكمه لاشتراكهما في علة الحكم. من ذلك أن الخمر محرمة بنصوص القرآن والسنة والإجماع لعلة هي الإسكار فإذا وجد عقار يؤثر تأثيرها كان محرما كذلك لاشتراكهما في علة الحكم

وهي الإسكار. وبهذا فإن الخمر أصل لوجود النص علي حكمه، والعقار فرع لعدم النص علي حكمه، والحكم الذي يشتركان فيه هو الحرمة، والعلة التي يشتركان فيها هي الإسكار.

ومن ذلك أيضا أن الشارع قد حرم الجمع بين الأختين بقوله تعالي (وأن تجمعوا بين الأختين)، وأضافت السنة إلي ذلك تحريم الجمع بين المرأة وخالتها أو عمتها، لأن مثل هذا الجمع يؤدي إلي قطع الرحم، فيتعدي ذلك إلي الجمع بين المرأة وبنت أخيها أو بنت أختها لأدائه إلي قطع الرحم كذلك.

ومنه أيضا الحكم الثابت بالسنة في تحريم البيع علي البيع والخطبة علي الخطبة منعا من التباغض والتناحر فيقاس عليه تحريم الإجارة علي الإجارة والمزارعة علي المزارعة والمضاربة علي المضاربة، لتحقق المعني نفسه.

وبهذا فإن للقياس أربعة أركان، هي :

١- الأصل، ويسمي بالمقيس عليه، وهو ما ورد النص بحكمه.

٢- حكم الأصل، وهو الحكم الشرعي الثابت للأصل. كالحرمة في الأمثلة السابقة

٣- الفرع، وهو المقيس الذي لا نص علي حكمه

٤-العلة، وهي المعني المشترك الذي يجمع بين الأصل والفرع كالإسكار في المثال الأول وقطع الرحم في الثاني والتباغض والتنافر في الثالث .

حجية القياس :

القياس حجة بالأدلة التالية :-

١- الآيات الدالة علي الاتعاظ والاعتبار بما وقع للناس في الماضي وقياس حالهم علي حالنا، وإدراك عاقبة أفعالهم، وعدم الوقوع فيما وقعوا فيه حتي لا نعاني مثل معاناتهم، من ذلك قوله تعالي (أفلم يسيروا في الأرض فينظروا كيف كان عاقبة الذين من قبلهم)

٢- الآيات والأحاديث التي ربطت الأحكام بعللها كقوله تعالي ﴿ فعصوا رسول ربهم فأخذهم أخذة رابية ﴾. ومن ذلك قوله ﷺ وسلم في عدم نجاسة الهرة : «إنها ليست بنجسة، إنها من الطوافين عليكم والطوافات». فقد دلت الآية علي أن الأخذ بالعذاب كان سببه عصيان الرسول، كما دل الحديث علي أن عدم النجاسة في الهرة معلل بكثرة وجودها مع الناس واختلاطها بهم. ومنه قوله ﷺ في النهي عن ادخار لحوم الأضاحي للمجاعة التي كانت حدثت. كنت نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحي من أجل الدافة فكلوا وادخروا أي بعد زوال علة النهي عن الادخار، فيعود الحال إلي ما كان عليه من جواز الادخار.

٣- يستند العمل بالقياس إلي الإجماع كذلك؛ فقد قاس الصحابة أحقية أبي بكر في الإمامة العامة للمسلمين بعد وفاة الرسول ﷺ علي تقديم الرسول له في إمامة الصلاة، وقالوا : قد رضيه لديننا، أفلا نرضاه لدينانا. وكذا قاس أبوبكر مانعي الزكاة علي تاركي الصلاة في جواز حربهم، ووافقة الصحابة علي هذا القياس دون نكير من أحد منهم فكان إجماعا.

٤- ومن جهة أخري فإن العمل بالقياس أمر مركوز في الفطرة الإنسانية، فإن الناس تقيس أحوال المستقبل علي الماضي، وتبتعد عما سبب لها الأذي وتقترب من كل ما كان سببا في سعادتها. ولذا فإنك إذا قربت نارا من طفل فسيبتعد عنها إذا تكونت له خبرة مؤلمة بهذا الاقتراب من قبل.

ولا يخفي أن القياس Analogy أحد الأساليب المنهجية التي يعتمد عليها التطبيق القانوني في الأنظمة القانونية المختلفة لتحقيق الوحدة والتجانس.

ويفيد القياس فائدة علي قدر كبير من الأهمية في التفكير القانوني، وهي إضفاء الطابع العقلي، وتحديد مسارات التطور في المستقبل، ووصله بالماضي، كما أنه يقدم الأساس المنطقي لاستخراج

المباديء والقواعد والمفاهيم العامة التي تنتظم فيها الجزئيات والفروع. ولا غني لهذا عن القياس بشكل ما في أي نظام قانوني. ولعل الفقه الإسلامي بأصوله التي عنيت بالقياس علي نحو غير مسبوق هو الذي مهد الطريق للاعتراف بأهمية دوره فى الأنظمة القانونية العالمية.

الأصل والشروط فيه :

تقدم أن للقياس أربعة أركان، هي الأصل والفرع والحكم والعلة.

والأصل كما تقدم هو المقيس عليه المنصوص علي حكمه، كالخمر التي التحق بها النبيذ في الحكم بالتحريم طبقا لما تقدم. ويشترط في الأصل الشروط التالية :

١- ثبوت حكمه بالكتاب أو السنة أو الإجماع. من ذلك أن السنة حرمت التبادل في صنف من الأصناف الربوية الستة، وهي الذهب والفضة والقمح والشعير والتمر والملح إلا إذا تحقق التساوي والتبادل في الحال، فيحرم لهذا مبادلة القمح بالقمح أو الشعير بالشعير إلا بالتساوي والتسليم الفوري. أما المبادلة بين القمح والملح أو بين الذهب والفضة فتحرم إلا إذا تحقق التسليم في الحال، طبقا لما جاء في حديث عبادة بن الصامت : «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح سوا بسواء يدا بيد، فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد».

ويقاس علي هذه الأصناف الأرز والعدس والفول، فلا تجوز مبادلة الأرز بالأرز والعدس بالعدس والفول بالفول إلا بشرطين : التساوي في المقدار والتسليم الفوري. أما المبادلة بين الأرز والقمح أو بين الأرز والفول فتجوز دون اشتراط التساوي، ولكن يلزم التسليم الفوري.

٢- ألا يكون الدليل المثبت لحكم الأصل متضمنا لحكم الفرع ودالا عليه. ولذا فإن ابن حزم ينكر أن يكون تحريم ضرب

الوالدين ثابتا بقياس علي تحريم التأنيف لهما بقوله تعالي : (ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما) ، بناء علي أن الآية جاءت بتحريم الإيذاء لهما عموما، فتدخل صوره كلها في التحريم بدلالة لفظ الآية، لا بقياس.

٣- أن يكون حكم الأصل معقول المعني، ومبنيا علي علة يمكن للعقل أن يدركها، وإلا فإنه لا يصح القياس. ولذا فإن أكثر المقدرات والعبادات مما لا يكون درك علتها بالعقل ولا يقاس عليها، وذلك كأعداد الركعات في الصلاة وضربات الجلد في الزنا والقذف، أما الذي يدرك بالعقل ويبني علي مصلحة أو علة معقولة المعني فإنه يصح القياس فيه. من ذلك حرمان القاتل مورثه من الإرث فيقاس عليه حرمان الموصي له من وصيته إذا قتل الموصي.

٤- ألا يكون حكم الأصل مختصا به ولا يتعدي إلي غيره. من ذلك الأحكام التي اختص بها الرسول ﷺ كالزواج بأكثر من أربعة وتحريم نكاح زوجاته من بعده وإباحة وصال الصوم له ووجوب التهجد عليه.

٥- أن يكون حكم الأصل ثابتا غير منسوخ حتي يمكن تعديته للفرع.

الفرع وشروطه :

الفرع هو المقيس : ويشترط فيه الشروط التالية :

١- ألا يثبت حكمه بنص أو إجماع، لأن النصوص والإجماع مقدمة علي القياس ولا قياس مع النص طبقا للقاعدة.

٢- وجود علة الأصل في الفرع، ولذا أعطي الأرز حكم القمح حسبما تقدم لوجود علة تحريم مبادلة القمح بالقمح إلا بالتساوي والتسليم الحالي، سواء اعتبرت العلة هي التقدير بالكيل أو الوزن، أم اعتبرت الطعم أو الطعم مع الادخار، لتحقق هذه العلل في الأرز والعدس والفول، فتقاس علي الأصل في تحريم التبادل فيما بينها إلا

باشتراط التسليم الحالي أو في تحريم التبادل في جنسها إلا باشتراط التساوي والتسليم الحالي علي ما تقدم.

أما إذا لم تتحقق علة الأصل في الفرع فإن الفرع لا يأخذ حكمه لأنه لاقياس مع الفرق. ولذا فإن كفارة الإفطار بالجماع في نهار رمضان عند الشافعية صوم شهرين متتابعين لا تتعدي ذلك إلي الإفطار بتناول الطعام أو الشراب، لأن الكفارة شرعت جزاء علي هتك حرمة الصوم بأسلوب خاص فلا تتعداه إلي غيره. ولا ينظر الأحناف إلي هذا الفارق ويرون أن مجرد هتك حرمة الصوم سواء بالطعام أو الشراب أو الجماع موجب للكفارة.

٣- عدم وجود مانع يمنع من ثبوت حكم الأصل للفرع. ولذا فإن الزوجة إذا قتلت زوجها عمدا عدوانا كان الواجب القصاص لتوافر علته، وهي القتل العمدالعدوان. غير أنه إذا كان ابنها ولي الدم المطالب بالقصاص فلن يقتص منها، لقيام المانع وهو البنوة وحتي لا يكون الابن سببا في هلاك أمه، وهذا هو المانع من ثبوت حكم القصاص العام بالقتل العمد العدوان.

العلة :

العلة أهم ركن في القياس، لامتناعه بدون تحديدها. وهي في اللغة اسم لما يتغير حكم الشيء بحصوله، كالمرض الذي تتغير به الحالة من الصحة. ويعبر كثير من الأصولين عن العلة بالمعني أي الوصف الذي ارتبط به الحكم الشرعي، ولا فرق بين المعني بهذا الإطلاق وبين العلة في استخدام الشافعي. وتفيد العلة معني السبب، فإذا قلت عن شيء إنه علة شيء آخر فأنت تقصد أنه سببه، والعلة هي السبب الذي ارتبط به الحكم الشرعي.

أما في الاصطلاح الأصولي فقد جري تعريف العلة تعريفات عديدة أوضحها فيما يبدو لي هو تعريف الإمام الشاطبي لها بأن « المراد بها الحكم والمصالح التي تعلقت بها الأوامر أو الإباحة، والمفاسد

التي تعلقت به النواهي، فالمشقة علة في إباحة القصر والفطر في السفر، والسفر هو السبب الموضوع للإباحة، فعلى الجملة العلة هي المصلحة نفسها أو المفسدة لا مظنتها، كانت ظاهرة أو غير ظاهرة منضبطة أو غير منضبطة. وكذلك نقول في قوله ﷺ : لا يقضي القاضي وهو غضبان، فالغضب سبب، وتشويش الخاطر عن استيفاء الحجج هو العلة. علي أنه قديطلق هنا لفظ السبب علي نفس العلة لارتباط ما بينهما، ولا مشاحة في الاصطلاح »

ولا فرق لهذا بين العلة والحكمة حيث ينصرفان إلي المصالح والمقاصد التي أرادها الشارع من شرع الأحكام.

غير أن أكثر الأصوليين يميزون بين العلة والحكمة، ويعرفون العلة بأنها الوصف الظاهر المنضبط الذي يترتب عليه تحقيق المصلحة أو دفع المفسدة. أما الحكمة فهي المصلحة نفسها. ولذا فإن علة شرع القصاص هي القتل العمد العدوان، وهي بهذا وصف ظاهر منضبط، أما حكمة شرع القصاص فهي الحفاظ علي الحياة الإنسانية. وكذا فإن علة حد الشرب هي تناول الخمر عن طريق الفم والحكمة هي حفظ العقل الإنساني. والسفر المخصوص هو العلة في القصر والفطر علي حين أن الحكمة هي دفع المشقة.

وبذا فإن العلة وصف ظاهر منضبط يرتبط بالمصلحة ويدل عليها أما الحكمة فهي المصلحة نفسها. والاختلاف بينهما في الانضباط وعدمه. وسواء فسرنا العلة بالحكمة والمصلحة أو بالوصف الظاهر المنضبط الذي تترتب عليه الحكمة والمصلحة فلا يخفي أن المصلحة ملازمة للعلة علي أي من تعريف الشاطبي الذي يسوي بين العلة والحكمة أو تعريف غيره الذي يميز بين المصلحة أو الحكمة وبين العلة.

وينبني علي ربط الأحكام الشرعية بالعلل والمصالح أن هذه الأحكام معللة بالمصالح. وقد أكد الشاطبي أن استقراء الأحكام الشرعية يدل علي أنها شرعت لتحقيق مصالح العباد . ويقول صدر

الشريعة : « وما أبعد عن الحق قول من قال إنها غير معللة بها، فإن بعثة الأنبياء لاهتداء الخلق وإظهار المعجزات لتصديقهم، فمن أنكر التعليل فقد أنكر النبوة. وقوله تعالي : (وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون) وقوله تعالي : (وما أمروا إلا لعبدوا الله) وأمثال ذلك كثيرة في القرآن ودالة علي ما قلنا، وأيضا لو لم يفعل لغرض أصلا يلزم العبث».

ومن هذا كله يتضح أن أحكام الشارع معقولة المعاني وأنها شرعت لتحقيق مصالح الناس الدنيوية والأخروية، فإذا أدركنا المصلحة التي شرع الحكم لتحقيقها أمكن تعديتها من الأصل ليشمل حالات جديدة وسواء كانت العلة هي الحكمة والمصلحة أو كانت عبارة عن الوصف الظاهر المنضبط الذي ترتبط به المصلحة وتتحقق بوجوده فإن هذا يفيد أن القياس هو إلحاق الفرع بالأصل لتحقيق المصالح التي أرادها الشارع والبعد عن المفاسد التي نهي عنها الشارع.

شروط العلة :

إذا كانت العلة هي المعني أو الوصف الذي تعلق به الحكم، بحيث لا يكون وجوده إلا به، فإنه يشترط في هذا المعني أو الصفة الشروط التالية :

١ - أن يكون الوصف ظاهرا واضحاً، بحيث يمكن إدراكه والتحقق من وجوده أو عدمه، كالإسكار في تحريم الشرب وكالعمدية في القتل العدوان الموجب للقصاص، وكالإيجاب والقبول الدالين علي الرضا بالعقد واللذين ترتبط بهما أحكامه. وتترتب عليه.

٢ - أن يكون الوصف منضبطا أي محددا معروف الحقيقة، كالقتل والسكر في إيجاب عقوبتهما وكالزواج في إثبات النسب فإنها أوصاف محددة منضبطة يسهل التعرف عليها، ولا تختلف حقائقها في أحوال وجودها المختلفة. ولذا لا يجوز التعليل للقصر في السفر والفطر في رمضان بالمشقة. لأنها تختلف في وجودها باختلاف الاشخاص والأحوال ويصعب ضبطها، ولذا ربط الشارع الحكم

بمظنتها، وهو السفر، لأنه وصف منضبط ويمكن تحديده ولا يختلف حده الأدني الذي يترتب عليه الترخص بالقصر أو الفطر.

٣- الا يكون الوصف ملغي أي حكم الشارع بعدم اعتباره. ويوضحه ما أفتي به الفقيه يحيي بن يحيي الليثي أحد ملوك المغرب بوجوب التكفير للفطر في نهار رمضان بالوطء متعمدا بأن عليه أن يصوم شهرين متتابعين، ناظرا إلي أن التكفير عن ذلك بالعتق أمر ميسر علي هذا الملك لكثرة الرقيق ولن تردعه الكفارة بالعتق عن معاودة ما ارتكبه، ورأي أن تكليفه بالصوم هو الذي يردعه. غير أن هذا التعليل مما حكم الشارع بإلغائه وعدم اعتباره، لأنه أوجب العتق علي القادر، ولم يوجب التكفير بالصوم إلا عند عدم القدرة علي العتق، فيجب الالتزام بالترتيب الذي أراده الشارع.

ومن هذا القبيل اعتبار التسوية في البنوة بين البنت والابن موجبا للمساواة بينهما في الميراث، أسوة بالمساواة بينهما في وجوب الإنفاق لهما. غير أن هذا الوصف « البنوة » ملغي في ترتيب الحكم « التسوية في الميراث » بما أوجبه الشارع من تضعيف نصيب الولد.

٤- أن يكون الوصف مناسبا للحكم. ومعني مناسبة الوصف للحكم أن يكون وجوده مظنة تحقيق المصلحة التي قصدها الشارع من شرعه. فالتعليل للحكم (وجوب القصاص) بالقتل العمد العدوان مناسب للمصلحة المقصودة، وهي حفظ حياة الناس، لأن هذا النوع من القتل هو الذي يهدد الحياة الإنسانية، وهو أخطر صور العدوان عليها، وهو الذي يمكن التحرز عنه بفرض العقوبة عليه. وكذا فإن القتل مناسب للحكم بحرمان القاتل من الميراث للمنع من قتل الورثة مورثيهم استعجالا للحصول علي ميراثهم.

أما إذا لم يكن الوصف مناسبا للحكم فإنه لا يصح التعليل به. ولذا لا يجوز التعليل لتحريم شرب الخمر بصفة لا تناسب الحكم، كالسيولة أو اللون أو التعبئة في زجاجات معينة أو التعتيق والقدم فإن هذا كله مما لا مناسبة بينه وبين الحكم بالتحريم. وكذا لا يجوز

التعليل في وجوب القصاص بسمرة القاتل أو جنسيته أو زمان حدوث القتل ليلا أو نهارا أو ما إلي ذلك من أوصاف لا تناسب الحكم الشرعي.

٥- ألا تكون العلة وصفا قاصرا علي الأصل حتي يمكن تعديتها إلي الفرع. ولذا فإن الأحكام الخاصة بالرسول والمعللة برجوعها إلي ذاته كزواجه بأكثر من أربع مما لا يصح القياس فيها لاختصاص العلة بالأصل وعدم إمكان تحققها في الفرع.

٦- ألا يرجع الوصف المعلل به علي الأصل بإبطاله. ومعناه أنه لا يجوز التعليل بوصف يترتب عليه تغيير حكم الأصل وإبطاله. من ذلك أن قوله ﷺ « في كل أربعين شاة شاة » يوجب إخراج شاة زكاة لمن يملك أربعين شاة. ويعلل علماء المذهب الحنفي هذا الحكم بعلة هي « دفع حاجة الفقير » فيترتب علي هذا التعليل الحكم بجواز إخراج الشاة أو قيمتها. ويؤدي الحكم بجواز إخراج قيمة الشاة إلي إبطال حكم الأصل المنصوص عليه، وهووجوب إخراج الشاة. وهذا هو مذهب الشافعية و ينازع الأحناف بخصوص هذا المثال في أن إخراج القيمة لا يعد إبطالا للحكم بإخراج الشاة، إذ تحل قيمتها محلها. وقد نقل الأمدي الاتفاق علي هذا الشرط

ثانيا : المصلحة

تقديم :

المصلحة أصل شرعي قام عليه البناء الأصولي والفقهي ، وتتجلي الأهمية التي أولاها التشريع الإسلامي لهذا الأصل في الأمور التالية :

١- مراعاة الأحكام المنصوص عليها في القرآن والسنة لمصالح الناس أفرادا ومجتمعات وبيئة ، بحيث تسعي هذه الأحكام لتحقيق ما

ينفع واستبعاد ما هو ضار. وقد صرحت النصوص بهذا ؛ فالقصاص إنما شرع لحفظ الحياة، والوفاء بالعقود لتمكين الناس من الوفاء باحتياجاتهم، والزواج شرع للحفاظ على النسل والتعاون وتحقيق المودة والرحمة، وتحريم شرب الخمر للحفاظ على العقل، وشرع حد القذف فى الاتهام بالزنا لصون الأعراض. وقد كان التفات الفقهاء إلى المصالح التى تغيتها النصوص سببا فى نشأة علم مقاصد الشريعة بين علوم الفقه الإسلامى. وهذا العلم الذى ألف فيه كل من العز بن عبد السلام وابن قيم الجوزية والشاطبى قد انفرد الفقه الإسلامى به من بين النظم القانونية العالمية. وقد بدأ اهتمام هذه النظم بأصل المصالح فى هذا العصر على يد بنتام Bentham. ويلتقى ماعبر عنه Rosco Pound فى النظر إلى المصالح الاجتماعية وكيفيات استجابة التفكير القانونى لها مع ما عبر عنه فلاسفة الفقهاء المسلمين الذين أشرت إلى أسمائهم قبل قليل.

٢- وظيفة القياس الأصولى هى تحقيق المصالح، بناء على أنه ينقل حكم الأصل إلى الفرع إذا اشتركا فى المصلحة. وقد رأينا أن القياس مبناه على أصل اعتبار المصالح فى الأحكام، فالذين نفواالقياس هم نفاة تعليل الأحكام المنصوص عليها بالمصالح، والذين أثبتوه هو الذين أثبتوا المصالح فى تعليل الأحكام بها كما تقدم

٣- تتفرع قواعد العمل بالعرف وسد الذرائع والاستحسان والمصالح المرسلة فى البناء الأصولى على أصل العمل بالمصالح. وذلك أن العرف عبارة عن المصالح المقبولة فى المجتمع بدليل اتفاق الناس على العمل به وعدم خروجهم على مقرارته دون وجود سلطة تفرضه فى فترة تكونه. وسد الذرائع والاستحسان والمصالح المرسلة كذلك حسبما يأتى توضيحه فى مناسبته.

ومن هذا كله يتضح أن للعمل بالمصلحة تجليات عديدة حتى إنها لتشكل الأصل الذى ترجع إليه الأحكام الشرعية جميعها ؛

فالأحكام الشرعية كما يقول ابن القيم إما نص وإما مصلحة. وإذا ثبت رجوع النصوص إلى المصالح فمعناه أن الأحكام الشرعية لاترجع إلا إلى المصالح.

معنى المصلحة :

تطلق المصلحة فى تعريفها اللغوى بمعنى المنفعة، أو على الفعل الذى فيه صلاح ونفع. ومعنى هذا أن المصلحة فى اللغة عبارة عن جلب منفعة أو دفع ضرر، سواء اتفق ذلك مع المبادىء الشرعية أو لم يتفق. وهذا هو الذى يلفت الغزالى النظر إليه حين يعرف المصلحة بقوله: « أما المصلحة فهى عبارة فى الأصل عن جلب منفعة أو دفع ضرر. ولسنا نعنى به ذلك فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق فى تحصيل مقاصدهم. ولكننا نعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع. ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعه مصلحة. وإذا أطلقنا المعنى المخيل أو المناسب فى باب القياس أردنا به هذا المعنى» .

ومن هذا يتضح اشتمال تعريف المصلحة على المعانى التالية :

١- المعنى اللغوى للمصلحة هو عموم المنفعة بتحقيق المصالح وتحصيلها ودفع المفاسد وإزالتها.

٢- التعريف الاصطلاحى للمصلحة هو تحقيق المصالح المقصودة للشرع بتحصيل المنافع وإبعاد المفاسد، وأجناس المصالح المقصودة للشرع خمسة هى كما تقدم فى تحديد الغزالى لها، حفظ الدين والنفس والنسل والعقل والمال.

٣- يفترق المعنى اللغوى للمصلحة عن المعنى الفنى من جهة أن التعريف اللغوى مطلق والاصطلاحى مقيد بالنظر إلى مقاصد

الشرع. وبهذا فإن الفعل قد يعد مصلحة فى الإطلاق اللغوى العام غير أنه لايعد مصلحة بالإطلاق الشرعى إلا إذا اتفق مع المقاصد الشرعية، ولم يخالف أصلا من أصوله المعتبرة. ولذا فإن الخمر فيها كثير من المنافع، غير أنها لا تعد مصلحة لمنافاة تناول الخمر لما أرادته النصوص الشرعية. وقد يحقق الزواج المؤقت مصالح لأطرافه، غير أنه يعد ضررا فى الشريعة لمصادمته لأصل التأبيد فى الزواج. وكذا فإن التحايل بالمحلل لاستئناف الحياة الزوجية للمطلقة طلاقا بائنا بينونة كبرى قد يحقق مصلحة جمع شمل الأسرة مرة أخرى، لكنه لا يعد مصلحة فى النظر الشرعى. وفى كل هذه الأمثلة قد يصح إطلاق اسم المصلحة عليها بمعناها اللغوى لا بمعناها الشرعى. ويؤدى الخلط بين المعنيين اللغوى والشرعى للمصلحة إلى أخطاء عديدة.

٤- أجناس المصالح التى راعاها الشرع باستقراء الفقهاء للأحكام المنصوصة هى هذه المقاصد الخمسة : حفظ الدين والنفس والنسل والعقل والمال.

٥- يتنوع اعتبار الشارع للمصالح ؛ فقد ينص على جزئياتها وأعيانها المخصوصة، كما أنه قد ينص على أجناسها ؛ فإذا اشترك الفرع مع الأصل المنصوص على حكمه فى عين المصلحة المعتبرة كان هذا أقوى من مجرد اعتبارها بالنص على جنس المصلحة العامة المتحققة فى الفرع. من ذلك أن الشرع منع من توريث القاتل مورثه، قصدا إلى الحفاظ على حياة المورثين، وحتى لا يتعجل الورثة الحصول على المال بالقتل، ويشترك معه فى عين هذه المصلحة الحكم بحرمان الموصى له من الوصية إذا قتل الموصى، قصدا إلى تحقيق المصلحة نفسها. ومنه أيضا ثبوت الولاية على الصغير فى الزواج حفاظا على حقوقه كما ثبتت الولاية عليه فى المال.

أما إذا لم يوجد نص شرعى لاعتبار المصلحة محل النظر بخصوصها، ولا لإلغائها، وإنما تعلقت النصوص بجنس المصلحة

اعتبارا أو إلغاء، فهذا هو العمل بالمصالح المرسلة، أى التى أرسل الشارع النص على أعيانها ولم يقيدها بالاعتبار أو الإلغاء، وإنما نص على أجناس هذه المصالح ومقاصده العامة.

٦- ليست هناك مصالح أرسلها الشرع ولم يشهد لأعيانها أو أنواعها أو أجناسها بالإلغاء أو القبول. فما لم ينص الشرع على اعتباره من المصالح بخصوصه قد نص على نوعه أوجنسه ؛ فالمقاصد الخمسة السابقة الذكر مستنبطة من النصوص الشرعية، ولايخرج عنها شيء من المصالح المطلوبة للإنسان فردا أو جماعة.

المصالح المرسلة :

ومن هذا يتضح أنه ليس هناك مصلحة لم يشهد الشرع لها بالإبطال أو القبول. ولا يصح لهذا تعريف المصالح المرسلة بأنها هى المصالح التى لم يشهد لها الشارع بالبطلان أو الاعتبار، وإنما يجب تعريف المصالح المرسلة بأنها هى المصالح التى لم تشهد لها بعينها نصوص الشارع ولكنها تلائم تصرفات الشارع وأجناس المصالح التى شهدت لها نصوص الشارع.

توضحيه أننا إذا قلنا بوجوب تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة كان هذا عملا بالمصلحة المرسلة، لأنه ليس هناك نص فى الشرع يتجه مباشرة إلى إثبات هذه القاعدة أو نفيها. غير أن النظر إلى تصرفات الشرع وأحكامه المنصوصة يدل على أن المصلحة الفردية كانت هى التى يضحى بها عند تعارضها مع مصلحة عامة. من ذلك شرع الجهاد، وتحميل المقاتلين مشقته، فإنه مشروع لدرء الخطر عن الجماعة ولو أدى ذلك إلى قتل عدد من أفراد الجيش. وكذا الحجر على المفلس ومنعه من التصرفات الضارة بالغرماء، وشرع القصاص وحد الحرابة، فإن هذه الأحكام تتوارد جميعها على تقديم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد.

ويعبر الشاطبى عن الاستدلال بالمصلحة المرسلة وأساسه بقوله : « كل أصل شرعى لم يشهد له نص معين وكان ملائما لتصرفات الشرع ومأخوذا معناه من أدلته فهو صحيح يبنى عليه ويرجع إليه، إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعا به، لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها. ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال بالمرسل الذى اعتبره مالك والشافعى فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين فقد شهد له أصل كلى والأصل الكلى إذاكان قطعيا قد يساوى الأصل المعين، وقد يربى عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه».

ومن ذلك أيضا أن القاعدة الكلية القاضية بوجوب دفع أشد الضررين مبنية على عدد كبير من المسائل الجزئية المنصوص على أحكامها رغم أنه لا يوجد نص على عين هذه المصلحة بخصوصها. وإنما تستفاد هذه المصلحة من جملة النصوص، من ذلك شرع الجهاد ففيه إتلاف النفوس وتحمل المشاق، غير أنه يؤدى إلى دفع ضرر أكبر، هو الوقوع تحت رحمة العدو، وإتلاف عدد أكبر من النفوس والأموال لو لم ينفر الناس للجهاد. وكذا شرع القصاص ومعاقبة السارق.

ويمكن تطبيق هذا الأصل فى مسائل عديدة لا نص فيها. من ذلك مسألة ما لو تترس الكفار بالمسلمين واحتموا بهم فى مواجهة الجيش المسلم.، بحيث لو هجم المسلمون وضربوا العدو مات المسلمون المحتمى بهم دون سبب مشروع يوجب قتلهم. ولو سكت عنهم المسلمون تقوى العدو واستطاع تهديد الجيش المسلم والمجتمع كله. والحكم أنه يختار أهون الشرين وأقل الضررين، ويرمى العدو حتى لو أسفر ذلك عن قتل المسلمين المحتمى بهم.

أما المصالح التى لا تشهد لها النصوص بالاعتبار فلن تندرج تحت أى من القواعد الكلية للمصالح، ولن يجرى إعمالها من الوجهة الشرعية.

من ذلك حكم بعض الفقهاء بجواز ضرب المتهم لحمله على الإقراربالتهمة، وهو مذهب مالك فيما رواه البعض عنه، ويشترط لهذا الحكم وجود قرائن تحمل على الاشتباه فيه وعلى وجود ظن قوى بارتكابه الجريكة. وقد حملهم على هذا الرأى النظر إلى مصلحة المجنى عليه والمجتمع في معرفة الجانى ومعاقبته. وينكر جمهور الفقهاء هذا الرأى بناء على أمرين، أولهما أن هذه المصلحة معارضة بمصلحة أخرى أقوى منها فى الثبوت، فإن مصلحة المجنى عليه والمجتمع فى ضرب متهم بعينه مظنونة، لاحتمال أنه ارتكب الجريمة أو لم يرتكبها، أما مصلحة المتهم فى عدم ضربه فثابتة يقينا، فهى المصلحة الأقوى لهذا.

ومن العمل بالمصالح التى اعتبر الشارع جنسها القول بوجوب توثيق عقد الزواج بعد انتشار شهادات الزور واتساع المدن وكثرة النزاعات المترتبة على جحود العقد وإنكاره ؛ فالحفاظ على حقوق الزوجين والأولاد فى ثبوت نسبهم من المصالح التى اعتبرها الشارع، ووجوب التوثيق هو الحكم الذى يحقق هذه المصلحة. وبهذا فإن حمل الناس على توثيق عقود زواجهم. يقصد إثبات هذه العقود عند المنازعة مصلحة ليس فيها بعينها نص شرعى، وإنما راعى الشارع مصلحة إثبات حقوق الأزواج والأولاد بأدلة كثيرة، من بينها شرع هذه الحقوق والأمر بالإحسان فى المعاملة والنهى عن كتمان ما يتعلق بهذه الحقوق ويؤثر فيها.

ومن ذلك ما أفتى به مالك فى قبول شهادة الصبيان فى الجراح؛ إذ الأصل أنه لا تقبل فى الجنايات سوى شهادة البالغين. غير أن اجتماع الصبيان للعب معا وانفرادهم عن الكبار فى هذه المناسبات أوجب قبول شهادة الصبيان على بعضهم، من جهة أن اشترط البلوغ والكبر فى الشاهد للقضاء بشهادته سيؤدى إلى ضياع الحقوق، لأن الكبار لا يحضرون ملاعب الصبيان فى كثير من الأحوال. وبهذا فإن

المصلحة التى استند إليها مالك مصلحة ضرورية، هى حقن الدماء وحفظ النفوس، فإذا اطمأن القاضى إلى شهادة الصبى ورضى بها جاز له أن يقضى بهذه الشهادة.

وقد أجاز مالك التسعير عند الحاجة إليه، وذلك كأن يرتفع السعر بجشع التجار أو احتكارهم للسلع أو التدخل فى العرض أو غير ذلك مما يؤدى إلى ظلم المستهلك والإضرار بمصالحه، مما يستوجب التدخل لحمايته. وعلى الرغم من أن هذه المصلحة بذاتها لم يرد فيهانص فإن عددا كبيرا من النصوص يتعلق بجنس هذه المصلحة، وهذا الجنس هو ما يتعلق بحفظ أموال الناس ونفى الضرر عنهم فى أموالهم. فيجوز التسعير عند الحاجة لتعلقه بهذه المصلحة العامة، وهى حفظ الأموال ورعاية حقوق المستهلكين ورفع الضرر عنهم.

طبيعة إعمال المصلحة المرسلة :

يختلف إعمال المصلحة المرسلة عن العمل بالقياس من جهة أن القياس يتضمن إلحاق فرع غير منصوص على حكمه بأصل منصوص على حكمه لاشتراكهما فى العلة. أما العمل بالمصلحة المرسلة فلا يتضمن مثل هذا الإلحاق، وعلى حين يستوجب العمل بالقياس تحديد الأصل المنصوص على حكمه وإدراك علة الحكم فيه وتحقق هذه العلة فى الفرع فإن العمل بالمصلحة المرسلة لا يقتضى إلا التأكد من اعتبار الشارع لهذه المصلحة باستقراء النصوص المختلفة وإدراج الحالة المطلوب تحديد حكمها تحت هذه المصلحة أو تلك.

يوضحه أن جمع أبى بكر للقرآن لم يحتج إلى نظير يقيس عليه. وإنما احتاج إلى تأكيد أنه مصلحة تتعلق بحفظ الدين وإلى أن هذه المصلحة معتبرة فى الشرع. فليس فيه قياس حالة على حالة، وإنما هو إلحاق لهذه الحالة بالأصل المستنبط من أدلة لا تنحصر ويستفاد منها جميعها اعتبار الشارع لمصلحة حفظ الدين.

ومنه كذلك حرب مانعي الزكاة فإن أبابكر قد استند في وجوب حربهم إلى مصلحة ضرورية، هي حفظ الدين كذلك. ويستفاد هذا من قوله والله: «لأحارين من فوق بين الصلاة والزكاة». ولعله استند في هذا إلى مصلحة أخرى هي حق الدولة في تأمين مواردها للقيام بمسئولياتها الملقاة على عاتقها، إذ بدون هذه المواد لا تستطيع القيام بهذه المسئوليات. ومهما تكن المصلحة التي استند إليها فإنه لم يقس هذه الحالة على ما يناظرها وإنما أدرجها ضمن أصل عام هو هذه المصلحة التي اعتبرها الشارع أو تلك.

ومنه أيضا جمع عثمان المسلمين على مصحف واحد وإحراق ماعداه، دفعا لتفرق المسلمين واختلافهم واتهام بعضهم بعضا ؛ فهذا مما ليس له نظير بعينه يقاس عليه، وإنما هو إلحاق بأصل عام هو دفع الفتنة واتقاء شر الخلاف والتفرق بين المسلمين، وهو أصل معتبر شرعا بأدلة لا تحصى.

ومنه إجماع الصحابة على تضمين الصناع ما يأخذونه من أموال الناس للعمل فيه مع أنهم مؤتمنون، والأمين لا يضمن إلا بالتعدى. غير أن تكرر ادعاء الصناع ضياع ما أخذوه من مواد خام للعمل فيها، وعدم قدرة أصحابها على إثبات تعديهم لإيجاب الضمان عليهم قد أدى إلى خلق حالة غير مسبوقة ؛ فإما ألا يدفع الناس أموالهم إلى الصناع، وفيه من الحرج ما لا يخفى، لحاجة الناس إليهم، فإن كل واحد لا يستطيع تعلم الحرف التي يحتاجها. وإما أن يدفع الناس أموالهم ويتحملون مخاطر إهمال الصناع وتعديهم دون أن يستطيعوا إثبات ذلك، بناء على أن الصناع أمناء، والأمين لا يضمن إلا إذا أثبت المتضرر تعدى الصانع أو إهماله. وقد جاء الحل فيما أخذ به قضاة الصحابة من التسليم بكون الصناع أمناء لا يضمنون إلا بالتعدى. غير أنهم لما كانوا قد أخذوا المال للعمل فيه فلا تنتهي مسئوليتهم عنه إلا بإثبات عدم تعديهم فيه. ويقع عليهم لذلك عبء

إثبات عدم التعدى والبرهنة على أن تلف المال أو ضياعه كان بسبب لا يد لهم فيه، فإن لم يمكنهم إثبات عدم التعدى كانوا مسئولين عن التلف ووقع الضمان عليهم.

وقد كانت هناك اجتهادات أخرى. غير أن ما يهمنا الاستدلال عليه فى هذا المقام أن الحكم بتضمين الصناع فى ظروف كثرة إهمالهم وتعديهم وصعوبة إثبات ذلك عليهم لم يكن من باب القياس على أصل يناظره، وإنما التحق بأصل عام وهو حفظ أموال الناس. وهذا الأصل أو المصلحة مما شهدت النصوص الكثيرة باعتباره حتى صار أصلا قطعيا.

العمل بالمصلحة ومرتبته من العمل بالنص :

يتألف تحديد مرتبة العمل بالمصلحة من العمل بالنص بالنظر إلى ما يلى :

١ - لا تستقل المصلحة بنفسها ولا تصلح أن تكون دليلا شرعيا تتقدم النصوص أو تحل محلها، وإنما هى أصل شرعى تابع للنص لا يتقدم عليه، ولذا فإنه يشترط لإعمال المصلحة ألا تناقض أصلا شرعيا. ولذا فإن فوائد البنوك تحقق عديدا من المصالح الخاصة والعامة، منها تجميع مدخرات الناس وتوجيهها إلى الاستثمار وإنشاء المشاريع الزراعية والصناعية مما يؤدى إلى فتح أبواب العمل، غير أن هذه المصالح لا يجوز التذرع بها لإباحة هذه الفوائد، لأنها من الربا المحرم شرعا. وكذا لاتجوز التسوية بين الابن والبنت فى الميراث، حتى لو افترضنا تحقق المساواة بينهما فى اشياء أخرى كثيرة، لأن النص قد أوصى باستحقاق الذكر مثل حظ الأنثيين. وينطبق ذلك على الوصية للوارث حيث يتحقق بها مصالح بعض الورثة الذين قد تزيد حاجتهم عن حاجة غيرهم من الورثة لضعف أو مرض أو انشغال بتعليم أو صغر أو فقر، وذلك لأن النص قد جاء بتحريم الوصية للوارث، طبقا لما جاء من قوله ﷺ : «لا وصية لوارث »

٢- وجوب شهادة النصوص الشرعية للمصلحة بالاعتبار. ومعناه أن المصلحة لا يستند العمل بها إلى مجرد العقل وحكمه، وإنما يلزم استناد المصلحة إلى النصوص الشرعية للحكم باعتبارها. من ذلك أن حكم الصحابة بقتل الجماعة بالواحد لم يستند إلى ما قد يراه العقل من أن هذا هو المصلحة وإنما استند إلى مصلحة « حفظ الحياة » المعتبرة شرعا بدليل شرع القصاص وتحريم النفس الإنسانية وتكريمهم واعتبار العدوان عليها عدوانا على البشرية جميعها. وبهذا فإن المصلحة ليست حكم العقل المجرد، وإنما هى حكم النصوص.

٣- الأحكام الشرعية المنصوص عليها شرعت لتحقيق مصالح معينة، فإذا تغيرت الظروف ولم يؤد تطبيق الحكم الشرعى فى هذه الظروف الى تحقيق المصالح المقصودة من الحكم فإنه يعدل عنه الى غيره مما عساه أن يحقق المصلحة المقصودة. ولا يعد هذا تغييرا فى الحكم الشرعى، إذ يظل الحكم قائما لتطبيقه فى الظروف التى يحقق فيها المصلحة المقصودة من شرعه.

يوضحه حكم عمر بن الخطاب فى منع تطبيق حد السرقة عام المجاعة، لأن المقصود من شرع حد السرقة هو منع السارق من أخذ مال الغير إذا لم يكن مضطرا إلى هذا الأخذ. فإن قامت شبهة الاضطرار سقطت العقوبة الحدية فى هذا الظرف. ولا يعد هذا تعطيلا لحكم السرقة، وإنما هو عدم تطبيق له فى الظروف التى لا يحقق فيها التطبيق المصلحة المقصودة، بل ويفوت مصلحة مقصودة أخرى هى حفظ البدن الإنسانى.

وقد أوقع عمر رضى الله عنه الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثا بعد أن كان لا يحسب إلا واحدة زمن رسول الله ﷺ وأبى بكر وصدر خلافة عمر، وقال فى ذلك قولته المشهورة عن تعجل الناس فى أمر كانت لهم فيه أناة. ومعناه أنهم خالفوا المقصود من شرعه على مرات، وقصدوا منه مالم يشرع له، وهو الإساءة إلى الزوجة، وإظهار البغض

والكراهية مما عساه أن يسيء إليها . ولكن إيقاعه على هذا النحو لا يعني تغيير الحكم الشرعي، إذ يمكن الرجوع إليه مرة أخرى لو كان هذا الرجوع يحقق المصلحة المقصودة من شرعه، وهي إعطاء فرصة أو أكثر للزوجين لاستئناف حياتهما الزوجية، أو للخروج من المفاسد التي رتبها احتساب الطلقات الثلاث بلفظ واحد ثلاثا، وهو شيوع التحليل وهذا الرجوع قد تحقق في مرسوم ١٩٢٠ في مصر

شروط العمل بالمصلحة المرسلة : يشترط للعمل بالمصلحة الشروط التالية :

١- الملاءمة لمقاصد الشارع وتصرفاته كما تقدم ؛ فإن المصلحة لا يعمل بها إلا إذا شهدت النصوص الشرعية لجنسها بالاعتبار. أما إن شهدت لعينها فإن هذا الإعمال يتخذ شكل القياس. يوضح اشتراط الملاءمة ما أفتى به الحنابلة من جواز نفي أهل الفتن والفساد إلى مكان يؤمن فيه شرهم، وذلك لمصلحة اعتبرها الشارع وهي حفظ الأمن ودفع الضرر عن الناس وحفظ أموالهم ودمائهم.

٢- أن تكون المصلحة حقيقية وليست متوهمة، بحيث تجلب النفع بالفعل أو تدفع الضرر. أما مجرد التوهم واعتقاد النفع دون مطابقة للواقع فلا يعد من المصالح. ويدل هذا على أن دراسة الواقع بالمناهج العلمية من ألزم الأمور للفقيه، لكي يتعرف على الموجود ويتحقق من المشكلة، ويعرف أسلوب مواجهتها.

٣- ألا تكون هذه المصلحة معارضة لأصل شرعي مقطوع به لثبوته بالنص أو الإجماع. وواجب الفقيه العمل على تحقيق المصالح الاجتماعية مع الالتزام بقواعد الشريعة ودون خروج عليها. إن عمله لا ينحصر في تحقيق المصالح المستندة إلى حكم العقل وحده كما أن أداءه لوظيفته لن يكتمل بمجرد التطبيق الآلي لما تضمنته النصوص من أحكام، دون التفات إلى المصالح المقصودة من شرع هذه الأحكام. ولعل في مثال تضمين الصناع ما يدل على هذه الطبيعة المزدوجة

لعمل الفقيه المسلم ؛ فقد اتضح للصحابة المبدأ الشرعى القاضى بأن الأمين لا يضمن ما تحت يده إلا بالتعدى، كما اتضح لهم أن تكليف العملاء بإثبات التعدى على الصناع غير ميسور فى أغلب الأحوال، مما يؤدى إلى تضييع حقوق العملاء وأموالهم، ووجدوا الحل لذلك فى التمسك بأن الصناع أمناء لا يضمنون بغير التعدى، لكنهم هم الذى يكلفون بإثبات عدم التعدى. وهذا الحل الإجرائى كفل الاحتفاظ بالمبدأ الموضوعى على حاله مع توفير الاستجابة للمصالح الاجتماعية وإنهاء المشكلة، وبذا أصبح العملاء آمنين على حقوقهم من جشع الصناع أو تفريطهم أو تعديهم. كما أن الصناع كذلك لن يضمنوا تلف الأموال التى تحت أيديهم إذا أمكنهم إثبات عدم التعدى، وبذا فإن مسئوليتهم المفترضة قابلة لإثبات العكس.

قواعد العمل بالمصالح :

صاغ الفقهاء والأصوليون عددا من القواعد التى تضبط العمل بالمصالح المرسلة. وفيما يلى بعض هذه لقواعد :

١ – رفع الضرر، أو الضرر يزال : مستند هذه القاعدة حديث النبى ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار» وتشهد لها نصوص قرآنية وقواعد شرعية عديدة. من بينها قوله تعالى : (ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن) وقوله : (لاتضار والدة بولدها ولا مولود له بولده) وقوله : (ولا يضار كاتب ولاشهيد). ومن القواعد الشرعية التى تشهد لأصل رفع الضرر إيجاب الضمان على الغاصب والمتلف لمال الغير، وشرع الديات والأروش فى القتل الخطأ والجراحات والجنايات.

ويجرى تطبيق هذه القاعدة فى فروع عديدة، منها الحجر على السفيه والمفتى الماجن والمكارى المفلس والطبيب الجاهل، وذلك لأن عدم الحجر عليهم يضر بالناس والمتعاملين معهم، فوجب الحجر عليهم رفعا لهذه الأضرار.

٢- الضرر يدفع بقدر الإمكان : توجب هذه القاعدة العمل على دفع الضرر قبل وقوعه. ومن تطبيقات هذه القاعدة، التى تستند إلى ما استندت إليه القاعدة السابقة، الحكم بدفع الصائل. ومضمون هذا الحكم أنه إذا هجم إنسان أو حيوان على أحد فإن له أن يدفعه عن نفسه بما يمكن دفعه به، فإذا اندفع بالزجر أو الصياح أو بالاستغاثة لم يكن له أن يضر به، وإذا اندفع بالضرب لم يكن له أن يقتله. وإذا قصد الصائل قتل أحد كان لمن أريد بالقتل أو لغيره أن يدفعه ولو بقتله. وكذا لو هجم على امرأة وأراد اغتصابها فإن لها أو لغيرها الدفع عنها ولو بقتله. ويفيد منطوق القاعدة أنه يجب العمل على دفع الضرر بأقل ما يندفع به. ولذا فإن الدفع بالنصح أو بالتوبيخ والتعنيف مقدم على التهديد بالضرب، والضرب مقدم على الجرح أو القتل. وهكذا

٣- المشقة تجلب التيسير : هذه القاعدة مستندها مضمون آيات كثيرة تدل على أن الله يريد بعباده اليسر ولا يريد بهم العسر، وأنه لا يريد إحراج عباده أو إعاقتهم بما يفرضه من أحكام. ويبدو التيسير عند مظنة حدوث المشقة بشرع الرخص للمسافر، حيث يباح له الفطر فى رمضان والقصر فى الصلاة الرباعية ومنه كذلك شرع المسح على الخفين لمن يلبسهما على طهارة وشرع التيمم لمن لا يجد الماء أو يتضرر باستخدامه. ومنه الترخيص بإباحة تناول الميتة عند الاضطرار.

وتبدو تطبيقات هذه القاعدة فى فروع عديدة. من بينها إباحة عقد العقود بالتعاطى والتوثيق بالرجوع إلى دفاتر التجار والتخير من أقوال الفقهاء ما يناسب تحقيق المصالح الاجتماعية والاعتراف بإمامة المتغلب الذى يصل إلى السلطة بالقوة دون بيعة إذا كانت المفاسد التى تترتب على مقاومته تزيد عن المصالح المترتبة على هذه المقاومة.

٤- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف : يختار أهون الشرين - إذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما - الضرر لا يزال بمثله.

تفيد هذه القواعد معنى واحدا، هو أنه إذا اجتمعت الأضرار ولم يمكن دفعها جميعا، وكان من الممكن دفع الضرر الأشد بأرتكاب الضرر الأخف تعين ذلك، دفعاً للضرر بقدر الإمكان.

ولذا فإنه إذا هدد شخص آخر بالقتل إذا لم يتلف مال الغير ووقر فى الذهن أنه ينفذ ما هدد به لم يسعه إلا أن يتلف مال الغير، لأنه أهون الشرين وأخفهما ضررا. أما إذا هدده بالقتل إن لم يقتل إنسانا فإنه لا يسعه الإقدام على القتل ولو بدأ فى تنفيذ تهديده، لتساوى الضررين، فلا يزال الضرر بارتكاب ضرر يماثله أو يزيد عنه.

ويرى أبو حنيفة أنه لا يجوز الحجر على السفيه المبذر المتلف لماله، بناء على أن هذه المصلحة معارضة بما هو أولى منها، وهى مصلحة الحفاظ على الكرامة الإنسانية وحقه فى التصرف فى ماله، وهذه المصلحة الأخرى أولى بالرعاية والاعتبار من مجرد حفظ المال.

ومن جنس هذه القواعد قاعدة : يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام. ومن تطبيقاتها جواز الاستيلاء على أموال المحتكرين وبيعها عليهم بثمن المثل جبرا عنهم إذا كانت حاجة الناس لا تندفع إلا بذلك.

٥- **درء المفاسد مقدم على جلب المصالح** : فى معنى هذه القاعد أن التخلية مقدمة على التحلية. ومفاد ذلك أنه إذا تعارض تحصيل المصالح مع دفع المفاسد، ولم يمكن الجمع بينهما، فإنه يقدم دفع المفاسد على جلب المصالح.

ومن تطبيقات هذه القاعدة أنه إذا اتخذ إنسان دكان حداد إلى جوار منزل فإن الحداد يمنع من ذلك، لأن مصلحته فى العمل معارضة بإيذاء سكان المنزل والإضرار بهم فيتقدم دفع الضرر على تحقيق المصالح.

ثالثا - الاستحسان

تعريفه :

الاستحسان عد الشيء حسنا، ويطلق على كل ما تميل إليه النفس ويستهوى الإنسان حسيا كان أو معنويا.

أما فى الاصطلاح فهو العدول عن دليل إلى العمل بدليل آخر أقوى منه، لما ترجح للمجتهد من خبرته بتصرفات الشارع. ومقتضى ذلك أن المجتهد نظر فى المسألة المطروحة فيجد تنازع الأدلة والأصول التى يحتمل تعلقها بهذه المسألة، غير أنه يستحسن إلحاقها بأصل دون الآخر، بناء على ما ينكشف له من تحقق العدالة ومراعاة مقاصد الشارع. ولعلنا نستطيع بذلك فهم تعريف ابن عربى للاستحسان بأنه «ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص»، أو تعريف النسفى الحنفى بأنه: اسم لدليل يعارض القياس الجلى، أو الظاهر الذى تسبق إليه الأفهام قبل إمعان التأمل فيه. أما بعد إنعام التأمل فى حكم الحادثة وأشباهها من الأصول وظهور أن الدليل الذى عارضه فوقه فى القوة فإن العمل به هو الواجب.

ويعرفه الشاطبى بأنه الأخذ بمصلحة جزئية فى مقابلة دليل كلى.

ويتفق الاستحسان الحنفى والمالكى فى أن المجتهد يعدل عن العمل بما يمليه القياس الذى يتوارد إلى الذهن ويأخذ بقياس آخر أخفى فى الذهن تحقيقا لمصلحة أولى فى الاعتبار الشرعى. توضيحه أنه إذا سئل المجتهد عن حكم كشف العورة للتداوى فإن الذى يرد إلى ذهنه أولا هو تحريم ذلك للقاعدة العامة القاضية بوجوب ستر العورات. غير أن المجتهد إذا تأمل الأمر فسينكشف له أن الحكم بالتحريم يؤدى إلى مشقة بالغة فى احتمال استمرارالمعاناة من المرض والألم أو احتمال فقد الحياة نفسها. فيعدل بهذا عن العمل بالقاعدة العامة التى وردت

للذهن أول الأمر، ويرجح العمل بالمصلحة الجزئية الخاصة، بناء على ما يترجح له من أن تصرفات الشرع توجب التيسير على الناس وتنشد حفظ الحياة، ولأن ستر العورة تكميلى لمصلحة ضرورية، وحفظ الحياة من المصالح الضرورية فيتقدم اعتبارها على اعتبار المصلحة التكميلية.

ومن أمثلة الاستحسان المشهور عند الأحناف حكمهم بجواز بيع السلم بمخالفة القاعدة العامة التى تمنع بيع الإنسان ما ليس موجودا، والحكم بجواز الإجاة بمخالفة الأصل القاضى بمنع بيع المعدوم، وفى الإجارة بيع المنفعة، وهى معدومة، لأنها يتجدد حدوثها وتوجد لحظة بعد أخرى.

ويعرف القرافى الاستحسان بأنه عبارة عن العدول فى بعض الأحوال عن قياس يتضمن غلوا فى الحكم ومبالغة فيه. من ذلك أن الغرر فى العقود ممنوع ويبطلها. غير أن تطبيق هذا الأصل على وجه آلى وفى كل الأحوال يوجب مشقة كبيرة، لأن العقود والتعاملات فى أكثر الأحوال لاتنفك عن نوع الغرر إذا كان يسيرا لا يمكن التحرز عنه أو كان مما يتسامح فيه الناس ولا يؤدى إلى المنازعة. ولذا يحكم بجواز بيع المغيبات فى الأرض كالفجل والجزر، كما يحكم بجواز بيع ما يخفى بعضه كالدور حيث لا يطلع على أساسها، كما يجوز الاتفاق مع الطبيب على إجراء جراحة بأجرة معينة رغم احتمال اختلاف الجهد والعمل الذى يبذله باختلاف ظروف إجراء الجراحة نفسها.

ومن العمل بالاستحسان الحكم بعدم تضمين الغاصب ذى الشبهة المنفعة التى استفادها مدة الغصب. من ذلك أن تنتقل إليه حيازة أرض بميراث أو بيع ولا يعلم أنها كانت مغصوبة، وأن انتقالها إليه انتقال معيب فلا يجب عليه عند المالكية سوى رد العين، ولا يقضى عليه بالتعويض عن المنفعة التى استفادها قبل الرد، وذلك لأنه حائز سليم النية، ولو طبقا عليه قاعدة إيجاب ضمان منفعة المغصوب

المستفادة لاوقعناه فى حرج شديد، لأنه لم يستخدمه بنية رد قيمة هذه المنفعة، فيعدل عن العمل بمقتضى القياس الذى يوجب تغريم الغاصب قيمة المنفعة المستفادة بخصوص هذه الحالة دفعا للحرج والمشقة عن هذا الحائز الحسن النية. وفى هذا المثال كان العدول عن مقتضى القاعدة الكلية فى حالة مخصوصة تحريا للعدالة التى لا تتحقق بالتطبيق الآلى للقواعد الكلية فى مختلف الظروف والأحوال.

وهناك مثال طريف آخر يسوقه الفقهاء فى توضيح ما يوجبه التعدى بإتلاف صفة أو جزء من شىء مع بقاء عين هذا الشىء، كما لو هدم شرفة جاره أو غصب سيارة فأفسد لونها، حيث يوجب الفقهاء كقاعدة عامة ما يسمى بأرش النقصان أو الفرق بين قيمة الشىء سليما وقيمته معيبا. فلو كانت قيمة السيارة بلونها عند أخذها عشرين ألفا، وأصبحت قيمتها بعد هذا التغيير ثمانية عشر ألفا فإن أرش النقصان ألفان يدفعهما المتسبب فى إتلاف اللون. غير أن تطبيق هذه القاعدة فى الظروف كلها يؤدى إلى الخروج على العدالة. وهذا ما يوضحه بعض الفقهاء بذكر هذا المثال الطريف، وهو أن من أتلف ذنب بغلة القاضى فإنه لا يطالب بأرش النقصان، مع أن هذا هو الواجب لو كانت هذه البغلة لفلاح يركبها ويستخدمها فى أعماله. والفرق أن القاضى لن يستطيع ركوب البغلة بعد تلف ذنبها ولن يستطيع الانتفاع بها فى أوجه الانتفاع المألوفة له، ويعد إتلاف الذنب إتلافا للعين كلها، فيجب عليه دفع قيمة البغلة وأخذها.

ومنه كذلك حكم الأحناف بأنه إذا اختلف البائع والمشترى فى الثمن قبل قبض المشرى السلعة فإنهما يتحالفان ويبطل البيع. وذلك على سبيل الاستحسان. ويقتضى القياس تكليف البائع بإثبات ما يدعيه من الزيادة فى الثمن وإلاصدق المشترى مع مطالبته باليمين، طبقا لقاعدة : البينة على المدعى واليمين على من أنكر . غير أن تطبيق هذه القاعدة العامة قد لا يحقق العدالة بمثل ما يحققه

الاستحسان فى هذا الظرف. فيحكم بالعدول عن مقتضى هذه القاعدة وإيجاب التراد بينهما، بحيث يرد البائع ما كان قد أخذه من الثمن، ويبطل العقد بعد تحليفهما.

ومن أمثلة الاستحسان الحكم بجواز بيع الوفاء حين كثر الدين على أهل بخارى. وصورته أن من يحتاج مالا يستطيع أن يبيع شيئا له كمنزل بثمن يأخذه ويتصرف فيه لدفع حاجته، ويتفق مع المشترى على أنّ له أن يأخذ المنزل منه مرة أخرى متى وفاه بثمنه. توضيح الاستحسان فيه أن القاعدة العامة تقضى بأن حكم البيع هو انتقال المبيع إلى ملكية المشترى انتقالا مطلقا، ويؤدى هذا الشرط (رد المبيع عند الوفاء بالثمن) إلى تقييد حق المشترى فى التصرف فى المبيع، فكان القياس أن يبطل هذا العقد، غير أن بعض فقهاء الأحناف أجازوه على سبيل الاستحسان، لانه يحقق مصلحة اجتماعية، ولا يناقض ما توجبه العدالة التى تنبنى عليها أحكام العقود فى الفقه، إذ سيتمكن البائع المحتاج للمال من قضاء حاجته، وسيستفيد المشترى بالمبيع قبل رد ثمنه إليه.

ولعل هذه الأمثلة كلها أن توضح مفهوم الاستحسان وطبيعته التى تتضمن:

١- وجود قاعدة عامة تتبادرْ إلى الذهن عند التفكير فى الحكم الشرعى لمسألة من المسائل. وهذه القاعدة العامة هى ما يطلق عليها : الأصل، والقياس الجلى أى الواضح الظاهر.

٢- يستشعر الفقيه أن تطبيق هذه القاعدة العامة بخصوص مثال بعينه أو جزئية من الجزئيات أمر لا يحقق المصلحة المقصودة من هذه القاعدة فيضطر إلى الخروج عليها على سبيل الاستثناء.

٣- يتضمن الاستحسان هذا العدول عن تطبيق القاعدة العامة إلى تطبيق معايير أخرى أكثر عموما وأبعد فى الاستدعاء. وهى لهذا

من باب القياس الخفى أو الأصل البعيد.

٤- يهدف هذا العدول إلى تحقيق المصلحة أو العدالة فى جزئية من الجزئيات، ويستعين الفقيه بخبرته فى العلم بمقاصد الشريعة وقواعدها العامة لتطبيق مايراه ملائما منها فى الجزئية التى ينظرها.

أنواع الاستحسان :

تقدم أن الاستحسان خروج على أصل كلى فى جزئية لدليل شرعى يراه المجتهد. ويمثل هذا الدليل الذى يستند إليه المجتهد فى استحسانه الضابط الذى يبعده عن التشهى والتلذذ والخروج على الأصل أو القياس الجلى. ويتنوع الاستحسان بتنوع الدليل الذى يقوم عليه وينضبط به إلى الأنواع التالية :

١- الاستحسان بالنص : يعنى الاستحسان بالنص الخروج عن القاعدة العامة أو الأصل للنص فى جزئية معينة. من ذلك أن القاعدة العامة أنه لا يصح بيع المعدوم، لكن يستثنى من هذه القاعدة الحكم بجواز السلم، لأن الشرع أجازه، وذلك بقوله : (إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) فقد فسر البعض الدين هنا بالسلم، كما جاز السلم بقوله ﷺ : « من أسلف فليسلف فى كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم ».

٢- الاستحسان بالإجماع : وذلك كعقد الاستصناع الذى يعد عقدا على معدوم، غير أنه جاز لتعامل الناس به دون أن ينكر عليهم أحد من العلماء فكان إجماعا. وبذلك فقد استثنى هذا العقد من القاعدة العامة، ومصدر هذا الاستثناء الإجماع.

٣- الاستحسان بالعرف : ومعناه أن يكون العدول عن الأصل العام مبعثه العرف وذلك كجواز وقف المنقول الذى تمنعه القواعد العامة الموجبة للتأبيد فى الوقف، فيشترط أن يكون عقارا لهذا. غير أن العرف جرى على وقف المنقول فيحكم بجوازه على سبيل الاستحسان

تصحيحا لتصرف الناس.

٤- **الاستحسان للضرورة:** وهو أن يكون العدول عن القاعدة العامة للضرورة، وقد مثلوا له بتصحيح بيع الوفاء التي انتشر فى بخارى لحاجة الناس العامة المنزلة منزلة الضرورة. ومنه كذلك جواز التعامل مع الغرر اليسير أو الغرر الذى يتسامح فيه الناس ولا يؤدى إلى المنازعة بينهم. وإنما اغتفر هذا النوع من الغرر للضرورة، إذ إن المعاملات لاتنفك عنه ولا يستطيع الناس تجنب ذلك.

٥- **الاستحسان للمصلحة:** ومعناه أن العدول عن القاعدة العامة كان بدليل المصلحة التى أوجبت هذا العدول. من ذلك الحكم بتضمين الصناع السابق الذكر، فالقاعدة العامة أن الأمين لا يضمن إلا بالتعدى، وأن البينة على المدعى، غير أنه قد استحسن نقل عبء إثبات عدم التعدى إليهم لدفع الضمان عنهم.

٦- **الاستحسان بالقياس الخفى:** وقد مثلوا له بما إذا شهد أربعة شهود على الزنا من منزل معين ثم اختلفوا فى تحديد الحجرة التى وقعت فيها الجريمة فالقياس إقامة الحد لتوافر نصاب الشهادة المطلوب. غير أن الاستحسان هو العدول عن هذا القياس إلى قياس آخر هو عدم وجوب حد الزنا وإقامة حد القذف على الشهود الأربعة. ومنه أن السباع من الطير تماثل السباع من الحيوانات فى أكل لحم الميتة، فكان القياس التشريك بينهما فى الحكم بنجاسة سؤر (باقى) الماء الذى يشربان منه، لاختلاط هذا الباقى باللعاب المتنجس بأكل الميتة غير أن الاستحسان يقتضى عدم التشريك والحكم بطهارة سؤر سباع الطيور، لأنها تمد بمنقارها فى الماء، وهو عظم طاهر فلا يختلط اللعاب النجس بالماء، ويحكم بطهارة سؤرها.

وقد أدى ضبط الاستحسان على هذا النحو وتحديد أنواعه بهذه الصور إلى فقده هذه الحرية التى كانت له قبل هجوم الشافعى عليه.

تعريفه :

العرف فى اللغة هو المعروف مما ألفه الناس من أوجه الخير والمصالح. أما فى الاصطلاح فيطلق على ما ألفه المجتمع واعتاده وسار عليه فى حياته من قول أو فعل. وتطلق العادة والعرف بمعنى واحد فى الاصطلاح الفقهى. وإنما جعل العرف أصلا لكثرة الرجوع إليه فى مسائل الفقه. وترجع أهمية العرف إلى تعبيره عما ألفه الناس واعتادوا عليه ورأوا فيه صالحهم. ولا معنى لاجتماعهم عليه سوى إحساسهم بأنه يحقق لهم مصالحهم .

ومن الواضح أن العرف مصدر ثانوى فى الدلالة على الأحكام، لانه لا يتقدم على النصوص، ولا عمل له إذا خالفها. وهو لهذا ينقسم إلى نوعين، أولهما : العرف الصحيح الذى لا يخالف أصلا شرعيا. والثانى العرف الفاسد الذى يخالف أصلا شرعيا. وإنما يعمل بالأول دون الثانى .

حجية العرف :

العرف حجة مقبولة يعتمد عليها فى بناء الأحكام، وتستند هذه الحجية إلى الأدلة التالية :

١- الأدلة الموجبة للعمل بالمصالح .

٢- إجماع الصحابة على العمل به وإقرارهم أعراف البلاد المفتوحة مادامت لا تعارض أصلا شرعيا .

٣- مسلك الشرع نفسه فى إقرار كثير من الأعراف الصالحة كالمزارعة والبيوع الصحيحة والإجارات والمشاركات والإقرارات والتحكيم وما إلى ذلك .

ومن الواضح أن بعض الفقهاء قد تكلف الاستدلال على حجية العرف بقوله تعالى (خذ العفو وأمر بالعرف) وبالقول المنسوب إلى

النبي ﷺ « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ». غير أن ابن نجيم يذكر عن بعضهم أن هذا الحديث لا يوجد مرفوعا فى كتب الحديث ولا بسند ضعيف. ومثل هذا الاستدلال المتكلف لا دليل فيه ولا يحتاج إليه العرف لإثبات حجيته .

شروط اعتبار العرف والعمل به: يشترط لإعمال العرف الشروط التالية :

١ – ألا يكون مخالفا للنص. من ذلك الاتفاق على تأجيل جزء من المهر إلى حين الوفاة أو الطلاق لتنتفع به الزوجة عند التفريق ولتستعين بهذا المؤخر فى مواجهة أعباء حياتها الجديدة، فهذا لا يحل حراما ولا يحرم حلالا ؛ فإذا اتفقا على شيء مؤجل من المهر انصرف التأجيل إلى حين الوفاة أو الطلاق .

٢– أن تكون العادة مطردة أو غالبة، ولذا فإنه إذا اشترى شيئا بمائة انصرف ذلك إلى النقد الغالب فى البلد. ولا يصح للطرف الآخر المطالبة بأن تكون هذه المائة من عملة أخرى غير العملة الرائجة فى البلد الذى جرى فيه التعاقد، مالم يتفق على عملة أخرى .

٣– الا ينتقض العرف بما هو أقوى منه، كالاتفاق على خلافه، فإن الاتفاق هو الذى يجب العمل به. ولذا فإنه لو تم الاتفاق على تأجيل شيء من المهر إلى شهر أو سنة لزم الوفاء به فى المدة المحدودة، ولا يرجع إلى العرف فى وجوبه بأدنى الأجلين : الموت أو الطلاق .

قواعد العمل بالعرف :

صاغ الفقهاء والأصوليون قواعد عديدة لضبط العمل بالعرف أسوق بعضا منها فيما يلى :

١– العادة محكمة : ومعناه أن العرف معتبر ويرجع إليه فى كثير من الأحكام من ذلك أن الشرع يوجب الضمان بالتعدى أو بالإهمال، وليس فى الشرع نص يحدد معنى الإهمال فيرجع إلى

العرف فى تحديده. ولذا فإنه لو استأجر دابة وتركها فضاعت ضمن قيمتها إن اعتبر هذا الترك إهمالا وإلا لم يضمن. وكذا لو قاد سيارته فتناثرت الحجارة والرمال بسيرها على نحو أضر بأحد المارة ضمن الضرر إن اعتبر مجاوزا للسرعة المألوفة فى هذا المكان. وكذا على المودع أن يحفظ الوديعة طبقا لما اعتاده الناس فى حفظ أموالهم، فإن خالف كان متعديا وضمن . وإنما تعمل العادة بالشروط السابقة. وهذا هو ما تشير إليه قاعدة: « إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت». وفى معناها قاعدة : «العبرة للغالب الشائع لا النادر» .

٢- المعروف عرفا كالمشروط شرطاً: معنى هذه القاعدة أن العرف فى العقود ينزل منزلة الشروط المتفق عليها بين العاقدين. فإذا اشترى شيئا وجرت العادة بتغليف البائع للمبيع بأسلوب معين أو نقله أو ضمانه مدة معينة وجب ذلك حتى ولو لم ينص عليه فى التعاقد. يسوغ ذلك أن العرف ينظر إليه باعتباره مكملا للعقد وفى نية المتعاقدين عند التعاقد مالم يتفق على خلافه .

وفى معنى هذه القاعدة أن « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص». ومفاد هذه القاعدة كسابقتها أن تعيين الحقوق والواجبات فى التعاقد مرده إلى نص بنود العقد وشروطه وإلى ماهو معروف بين الناس كذلك. ولا يفهم أحد أن النص الذى يساوى به العرف هنا هو النص الشرعى، وإنما يتعلق ذلك بنص العقد وبنوده المدونة أو الملفوظة. ذلك أن الفقهاء لا يساوون بين العرف وبين النص كما اتضح من اعتبارهم للعرف مصدرا ثانويا وتابعا للنصوص الشرعية لا ندا لها ولا معارضا .

٣- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم: تفيد هذه القاعدة الرجوع إلى أعراف التجار فى تفسير العقود والمعاملات التى تجرى بينهم، بحيث يصبح العرف جزءا من الاتفاق ما لم يتفق أطراف العقد على خلافه. ولذا لو وكل أحد التجار آخر فى بيع سلعته، وكانت

العادة البيع بالنقد أو بالنسيئة (الأجل)، فباع الوكيل على النحو المألوف جاز له ذلك، لأنه بتوكيله وعدم نصه على شيء مخالف، قد رضى بالتعامل وفق ما هو سائد من عرف. ويلاحظ أن العرف يقوم في ذلك بدور تفسيرى لنية طرفى التعاقد. ولو جرى العرف على أن ضمان العيب على الصانع، لا على التاجر الذى يبيع السلعة، كما هو الحال فى بيع الثلاجات الآن، فإن المشترى يكلف بالرجوع إلى الصانع لإصلاح العيوب المتفق على إصلاحها، وذلك ما لم يجر الاتفاق على خلافه. وبهذا يفيد العرف فى تفسير نوايا أطراف التعاقد، والكشف عن نواياهم المفترضة، حيث يفترض رضاهم بهذه الأعراف.

٤- لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان: لا يخفى أن الأحكام التعبدية لا تتغير بتغير الزمان والمكان والظروف، لأن مبناها النص. أما الأحكام المعللة فترجع إلى معان معقولة ومصالح وعلل، وهى مشروعة لتحقيق مصالح ومقاصد معينة، ولذا فإن الحكم يختلف بالنظر إلى المصلحة المقصودة .

يتضح ذلك بالنظر إلى أن الطلقات الثلاث بلفظ واحد كانت تعد طلاقا واحدا على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر وصدر خلافة عمر، والمصلحة المقصودة هى إعطاء المطلق الخيار بين الإمساك بالمعروف برد الزوجة فى فترة العدة وبين التسريح بإحسان وتركها حتى تنقضى العدة فتبين منه. غير أن الأزواج أكثروا فى عهد عمر من التطليق الثلاث بلفظ واحد فرأى عمر إمضاء الثلاث ثلاثا لعدم التزام الأزواج فى طلاقهم بهذه المصلحة، وزجرا لهم عن مخالفتها. ووافق سائر الصحابة ورؤساء المذاهب على هذا الرأى. غير أن احتساب الثلاث ثلاثا قد أدى فيما بعد إلى شيوع ظاهرة المحلل، وهى خطر اجتماعى فادح، فنظر ابن تيمية إلى اجتهاد عمر على أنه لا يحقق المصلحة المقصودة منه ويؤدى إلى مفسدة بالغة، فرجع إلى المناداة باحتساب الطلقات الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة، وهو ما أخذت به

القوانين الحديثة المعمول بها فى البلاد الاسلامية.

وكذا فإن الرسول ﷺ قد نهى عن تلقى الركبان ؛ فان التجار كانوا يبادرون إلى مقابلة صغار المنتجين للأصواف والتمور والحبوب والبقول ممن يعيشون فى البادية، ويشترون منهم بضاعتهم قبل دخول السوق. ويرتبط فهمنا للنهى عن تلقى الركبان بتحديد المصلحة المقصودة من هذا النهى ؛ فاننا إذا حملنا هذا النهى على أن المقصود منه هو حماية مصالح المنتجين الذين لا يعلمون شيئا عن سعر السوق، ووجوب تمكينهم من بيع ما ينتجونه بسعر عادل، فإن لنا أن نستنبط من ذلك إباحة تلقى الركبان خارج حدود السوق إذا علم هؤلاء الركبان سعر السوق. أما إذا حملنا هذا النهى على أن القصد منه هو حماية مصالح المستهلكين، بناء على أن التجار بمقابلتهم للركبان خارج السوق سوف يتحكمون فى السلع المعروضة، ويقل العرض فى مواجهة الطلب، فترتفع الأسعار مما يؤدى إلى الإضرار بالمستهلكين، فإنه يمكن أن يستنبط أنه إذا زاد العرض عن الطلب جاز تلقى الركبان. وهذا هو الذى استنبطه الإمام مالك فى فتواه بجواز تلقى الركبان إذا كثرت السلع فى الأسواق لانتفاء المفسدة التى قصد النص إلى دفعها. ولا يوافقه على هذا الرأى أولئك الذين فهموا أن النص يقصد إلى حماية مصلحة المنتجين فى الحصول على سعر عادل لسلعهم حتى يستمر إنتاجهم

مجال عمل العرف: يعمل العرف فى عدد من المجالات، من بينها:

١ – تفسير الشروط فى العقود والاتفاقات، بحيث تحمل الألفاظ المستخدمة فى هذه العقود على معانيها العرفية؛ فلو حدد الثمن بالجنيه انصرف إلى الجنيه المصرى، لأنه هو الغالب فى عرف الاستعمال. وكذا لو أوصى بإطعام الفقراء والمساكين انصرف تحديد كلامه إلى ما يفيده فى العرف اللغوى العام .

٢- تحديد المقصود من التصرف وحمله على ما يفهم منه فى العرف. ولذا لو دفع شيئا لأحد يصلحه، وكان الإصلاح لمثل هذا الشيء حرفة له، فإنه يأخذ أجره على الإصلاح. ولو دفع الأب لابنته شيئا فى جهازها كثلاجة أو أثاث، ثم طالب به بعد ذلك، وقال إنما أعطيته لها على سبيل العارية، وليس هناك دليل على هذا الادعاء فإنه لا يصدق فيما ادعاه ويحمل تصرفه على التبرع إذا كان العرف أن الآباء يجهزون بناتهم بهذه الأشياء عند الانتقال لمنزل الزوجية. أما إذا لم تكن العادة الغالبة كذلك فإنه يصدق فيما ادعاه .

٣- ضبط الواجبات والمعايير التى ترك الشارع ضبطها للعرف. من ذلك أن أخذ مال الغير من « الحرز » شرط لوجوب العقوبة الحدية. غير أنه لا نص فى الشرع يضبط مفهوم الحرز، فيترك تقديره للعرف. ولذا فإن من يترك ساعته فى مكان لا تترك فيه فى العادة لا يكون واضعا لها فى حرزها، فلو سرقها أحد لم تجب بذلك العقوبة الحدية، وإنما ستجب العقوبة التعزيرية. ومن هذا القبيل أن القذف الموجب للعقوبة الحدية هو الاتهام الكاذب بالزنا بكل ما يدل على هذا الاتهام فى العرف؛ فإذا استخدم كلمات معينة تدل عليه فى بيئة معينة كان قاذفا، وأما إذا كانت هذه الكلمات التى استخدمها لا تدل عليه فى بيئة الاستخدام فلا يعد مرتكبا لهذه الجريمة. ومنه كذلك تفسير ضابط السببية فى تحديد المسئولية عن الفعل ؛ فلو ضربه بما يؤدى إلى القتل فى العادة، ويتصور الناس أن مثل هذا الضرب من شأنه أن يؤدى إلى القتل كان مسئولا عن القتل، ويعاقب بالقصاص عند الشافعية والمالكية والحنابلة حتى وإن لم تكن الآلة المستخدمة فى الضرب محددة وتمزق الجسم. وكذلك فإن ضابط الإهمال الذى يفيد الضمان مرجعه إلى العرف، حسبما تقدم .

٤- استظهار الحكم بإباحة التصرف المقبول فى العرف ما لم يوجد ما يغيره من النصوص الشرعية، وقد اعتمد الصحابة على

مراجعتهم للأعراف التى وجدوها فى مجتمعاتهم، ولم يرفضوا منها إلا ما خالف الأصول الشرعية الثابتة بنص أو إجماع. واستمر الفقهاء على هذا المنهج فى قبول الأعراف التى لا تخالف أصلا شرعيا، ولذا قبلوا بيع الاستجرار الذى يقوم على أخذ السلع التى يحتاجها المشترى من البائع، دون اتفاق على ثمن ولا تلفظ بصيغتى الإيجاب والقبول، مع دفع ثمن ما أخذه المشترى جملة واحدة فى نهاية الأسبوع أو الشهر أو موسم الحصاد أو السنة. ومنه كذلك إجازتهم بيع التعاطى، وأخذ السلعة مع دفع الثمن، دون تلفظ بإيجاب وقبول، ومنه كذلك إجازتهم العرف الخاص فى القاهرة بجواز دفع الخلو عند استئجار الحوانيت، بحيث يصيرا الخلو فى الحانوت حقا له، فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه منها ولا إجارتها لغيره وكأن صاحب الدكان بقبوله أخذ الخلو قد باع حقه فى إخراج المستأجر وأثبته له. فيملك المستأجر الاستمرار فى الإجارة وشغل الدكان، كما يملك تأجير الدكان لغيره وبيع حق الخلو له.

ومن أهم تطبيقات ذلك أنه يمكن النظر إلى القوانين المطبقة فى البلاد الإسلامية الآن والمأخوذة من مصادر أخرى غير الشريعة الإسلامية بأنها تشكل أعرافا يمكن مراجعتها لقبول ما يلائم الأصول الشرعية ورفض ما يعارضها لإحلال نصوص أخرى موافقة لهذه الأصول محلها .

خامسا : سد الذرائع

التعريف :

الذريعة هى السبب الموصل إلى الشيء، أو الوسيلة أو الطريقة التى توصل إلى الهدف، سواء كان هذا الهدف مصلحة أو مفسدة. والذرائع فى الاصطلاح هى الأسباب والوسائل الموصلة إلى المفاسد. وسد الذرائع معناه المنع من اتخاذ الأسباب والوسائل المفضية إلى

المفاسد. غير أن هذه الوسائل إذا كانت محرمة فى ذاتها فإنها لا تدخل فى باب سد الذرائع. من ذلك أن القتل وسيلة إلى مفاسد تتعلق بانتهاك حرمة الحياة الإنسانية وإشاعة الفتن والصراعات، وتحريم القتل ليس من باب سد الذرائع لكونه محرما بالنص. أما إذا كانت الذريعة أو الوسيلة مباحة وغير محرمة فى ذاتها، لكن بالنظر إلى مآلها وما تفضى إليه وما ينتج عنها وجدناها مفسدة، فيحكم بتحريم هذه الوسيلة أو الذريعة، منعا للمفسدة التى تنشأ عنها .

يوضحه أن الخلوة بالأجنبية أمر لا شيء فيه فى ذاته، والقياس أن يكون مباحا، غير أن هذه الخلوة تؤدى فى كثير من الأحيان إلى الوقوع فى الزنا، فتمتنع الخلوة بالأجنبية سدا للذريعة المفضية إلى الزنا، ومنه كذلك النهى عن تلقى الركبان فإن شراء الحضرى من البدوى أمر مباح، غير أنه منع منه لما يؤدى إليه من مفسدة الإضرار بالمنتج أو المستهلك على التفصيل السابق .

ومن ذلك فيما يذكره الشاطبى الرشوة على دفع الظلم إذا لم يقدر على دفعه إلا بذلك، وإعطاء المال للمحاربين وللكفار فى فداء الأسرى، ولمانعى الحاج حتى يأخذوا المال. كل ذلك انتفاع أو دفع ضرر بتمكن من المعصية. ومن ذلك طلب فضيلة الجهاد مع أنه تعرض لموت الكافر على الكفر أو قتل الكافر المسلم .. بل العقوبات كلها جلب مصلحة أو درء مفسدة يلزم عنه إضرار الغير، إلا أن ذلك كله جاز إلغاء لجانب المفسدة، لانها غير مقصودة للشارع.

ويؤكد القرافى أن هناك قسما من الذرائع أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه، كحفر الآبار فى طرق المسلمين، فإنه وسيلة إلى إهلاكهم فيها. وكذلك إلقاء السم فى أطعمتهم، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله. ومن هذا القبيل نهى الشارع الدائن عن قبول الهدية من المدين إلا إذا حسبها من دينه، حتى لا يثاب على الدين فيدخل فى الربا .

الحيل الشرعية :

يعنى التحيل التذرع بوجه سائغ مشروع على إسقاط حكم شرعى تحقيقا لغرض المتحيل. وهو بهذا يستخدم الحكم الشرعى لتحقيق مقصود آخر غير ما أراده الشارع. من ذلك قيام صاحب المال بهبته لزوجته عند اقتراب وجوب زكاته حتى لا تجب عليه. وهو بهذا يستخدم الهبة التى شرعت للتبرع والمواساة وتحقيق المودة فى التوسل بها إلى تحقيق غرض آخر غير مقصود من شرعها، وهو التهرب من دفع الزكاة. ويحرم مثل هذا التحيل منعا لما يؤدى إليه من مفسدة الإضرار بالفقراء والجهات المستحقة للزكاة .

ويتضح من هذا أن الأحكام الشرعية مرتبطة بمقاصد معينة، وتتغير هذه الأحكام بتغير مقصود المكلف منها .

حجية سد الذرائع :

اتجه المالكية والحنابلة إلى الاعتراف بهذا الأصل، واعتبره ابن القيم أحد أرباع التكاليف. ويستدل المثبتون لحجية هذا الأصل بالأدلة التالية :

١- مسلك القرآن الكريم فى النهى عما هو مباح إذا ترتبت عليه مفسدة، مثل النهى عن سب الأصنام التى يعبدها الكفار إذا غلب على الظن أنهم يسبون الله. وذلك بقوله تعالى: (ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم) .

٢-مسلك السنة النبوية الثابتة فى النهى عن فعل المباح إذا كان يؤدى إلى المفسدة.

٣- يدل العقل كذلك على أن ما كان طريقا للحرام أو الواجب فإنه يأخذ حكمه.

وقد خالف بعض الفقهاء فى ذلك ورأوا أنه لا يعمل بالذرائع

ولا يجب سدها. غير أن هذا القول النظرى يناقضه التصرف العملى؛ فكل الفقهاء يرجعون فى استنباطهم لهذا الأصل ويعملون به .

شروط العمل بسد الذرائع:

يشترط للعمل بهذا الأصل شرطان:

الأول : أن يكون أداء الذريعة إلى المفسدة مقطوعا به أو كثيرا لانادرا، لأن النادر لاحكم له ؛ فحفر البئر فى وسط الطريق العام مقطوع بوقوع الناس فيه وقتل بعضهم بهذا الوقوع. أما حفر حفرة فى جانب من الطريق فإنها تؤدى إلى هذه المفسدة وتعرض بعض الناس للقتل كثيرا، فيمنع من الحفر فى وسط الطريق أو على جانبه إلا فى الضرورة مع توخى الحذر ووضع العلامات الدالة للناس على وجود الحفر. أما حفر بئر فى صحراء فهذا لا بأس به لندرة وقوع أحد فيها .

والثانى : رجحان المفسدة فى الفعل على المصلحة حتى يمنع. أما إذا زادت المصلحة على المفسدة فلا يمنع. ولهذا لا تمتنع رشوة الظالم بالمال لمنعه من قتل مسلم، لأن الموازنة بين دفع المال للظالم للتقوى به، وهو حرام وبين ما يترتب عليه وهو منعه من القتل يثبت أن الثانى أعظم الشرين خطرا فيحكم بدفعه بتحمل الأهون والأيسر .

ومن هذا كله يتضح أن سد الذرائع أصل من الأصول الشرعية التى يعتمد عليها الفقهاء فى استنباط الأحكام الشرعية .

سادسا - الاستصحاب

تعريفه :

الاستصحاب هو طلب الصحبة والملازمة، فاستصحاب شى يعنى ملازمته. وهو فى الاصطلاح عبارة عن ثبوت الحكم فى الزمن الحاضر لثبوته فى الماضى لعدم وجود مغير يغيره. ويدل هذا التعريف

على الأمور التالية :

١- يتطلب الاستصحاب العلم بوجود حكم معين فى الماضى، سواء ثبت الحكم فى الماضى بالعقل أو دليل شرعى .

٢- إثبات هذا الحكم فى الحاضر ؛ فمن ثبتت ملكيته لشيء فى الماضى اعتبر مالكا له فى الحاضر استصحابا للحكم السابق .

٣- لا يعمل الاستصحاب إلا بعد البحث عن المغير للحكم الثابت فى الماضى والانتهاء إلى عدم وجوده بعد هذا البحث. ولذا فإن الملكية المقطوع بوجودها فى الماضى لا تثبت فى الحاضر إلا إذا لم يوجد دليل على تغييرها. أما إذا وجد دليل على التغيير بالبيع أو الهبة أو الإقرار بالملكية للغير أو ما إلى ذلك فإن الاستصحاب لا يعمل .

ومن أمثلة الاستصحاب استمرار الحكم بحياة المفقود بعد فقده، حتى يحتفظ بنصيبه فى ميراث من مات من أقاربه إلى أن يتبين حاله من الموت أو الحياة، فإذا ظهر حيا أخذ نصيبه وإلا أعيد هذا النصيب إلى مستحقيه .

وتتبنى الثقة بالاستصحاب من الناحية المنطقية على نوع من الاستقراء؛ فما ثبت فى الماضى يغلب على الظن ثبوته فى المستقبل، ما لم يوجد شيء يوجب التغيير. ذلك أنك تنتظر شروق الشمس فى المشرق فى الصباح بناء على تكرر شروقها فى الماضى، وكذا فإنك تعتقد فى ازدحام شارع معين وكثرة السيارات فيه فى وقت معين بناء على حدوث ذلك فى الماضى، أما إذا رأيت وجود ما يمنع دخول السيارات إلى هذا الشارع فستستنتج حدوث التغيير وقلة السيارات فى الشارع أو انعدامها.

أنواعه : ينقسم الاستصحاب إلى نوعين :

الأول : استصحاب حكم العقل بالبراءة الأصلية أو الإباحة لعدم الدليل الذى يغير هذا الحكم. ومبنى هذا النوع من الاستصحاب أن

الأصل فى الأشياء الإباحة وأن الأصل فى الذمة البراءة مالم يدل دليل على خلاف ذلك.

يوضح هذا النوع من الاستصحاب أنه إذا جرى العرف أو القانون على تصحيح معاملة من المعاملات ولم يكن فى النصوص الشرعية ولا فى الإجماع ما يعارض ذلك فإن الواجب يقتضى الحكم بصحة هذه المعاملة. وكذا لو ادعى أحد دينا على آخر فإنه يحكم ببراءة ذمة المدعى عليه مالم يثبت هذا الدين ببينة تثبته. وكذا لو اتهم شخص فى جريمة فإنه يحكم ببراءته مالم يثبت ارتكابه للجريمة بالأدلة المعترف بها، ولا يحل حبسه ولا تعذيبه ولا ترويعه على أى نحو كان، فإذا ثبتت التهمة بالأدلة تغير حاله وحكم بإدانته

أما النوع الثانى من الاستصحاب فهو استبقاء الحكم الشرعى الثابت بدليله إلى حين حدوث ما يغير هذا الحكم. ولذا فإن من توضأ يحكم بطهارته على وجه اليقين، ولا يرتفع الحكم ببقاء وضوئه بمجرد الشك فى انتقاض الوضوء، لأن الثابت بيقين لا يرتفع إلا بيقين آخر. وكذا فإن الحيازة المستقرة دليل الملك ولا ترتفع الملكية المتيقنة على هذا النحو بمجرد ادعاء شخص آخر ملكية الشيء المحوز، إلا إذا أثبت المدعى ملكيته لهذا الشيء بطريق من طرق الإثبات المقبولة .

حجية الاستصحاب :

اختلف الأصوليون فى حجية الاستصحاب إلى فريقين :

الأول : أنه حجة فى الدفع لا فى الإثبات، وهو مذهب الأحناف. ومعناه أن الاستصحاب يعمل للحفاظ على الوضع القائم، ولا يصلح لإثبات وضع آخر؛ فالمفقود لا يورث وتظل أمواله على ملكه إلى أن يحكم بوفاته. ويرثه من يوجد من أقاربه عند الحكم بموته. وتبقى الزوجية قائمة إلى حين الحكم بوفاته استصحابا لحياته التى

ثبتت بيقين فلا يرفعها إلا هذا الحكم. غير أن مقتضى إثبات حياته على هذا النحو الذى أدى إلى استدامة الحياة الزوجية وبقاء ملكيته لأمواله أن تثبت له بعض الحقوق الأخرى كميراث من يموت من أقاربه قبل الحكم بوفاته. غير أن الأحناف لا يثبتون الحقوق بالاستصحاب. ولذا لا يرث المفقود من يموت من أقاربه أثناء فقده إلا إذا ظهر حيا. أما إذا حكم بموته فإنه لا يرث من مات من أقاربه بعد تاريخ فقده .

أما الفريق الآخر فقد اتجه إلى أن الاستصحاب حجة فى كل من الدفع والإثبات، وهذا هو مذهب الشافعية والحنابلة. وتطبيقا لهذا فإن المفقود يحتفظ ببقاء ملكيته وتبقى زوجيته قائمة إلى حين الحكم بموته، ويدفع الاستصحاب تعلق أى حق للغير بذلك. ومن جهة أخرى فإن المفقود يرث من يموت من أقاربه بعد فقده وقبل الحكم بموته، وبهذا يعمل الاستصحاب حجة فى إثبات الحق كذلك. ويستند هؤلاء الى أنه إذا منعنا تعلق حق الغير بمال المفقود للحكم بحياته فإننا سنضطر إلى إثبات حقه فى ميراث من يموت من أقاربه.

قواعد الاستصحاب :

يعمل الاستصحاب فى مجال البينات ودفع الدعاوى أو إثباتها كما تقدم، وقد صاغ الفقهاء القواعد التى تضبط عمل الاستصحاب، وفيما يلى بعض هذه القواعد :

١- اليقين لا يزول بالشك: الشك هو التردد وعدم وجود مرجح لاحتمال وقوع الفعل أو عدم وقوعه. أما اليقين فهو حصول الجزم أو الظن الغالب بوقوع الفعل أو عدم وقوعه .

ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الشخص إذا سافر وانقطعت أخباره عن أهله كانت حياته مشكوكا فيها، إلا أن ذلك الشك لا يزول إلا باليقين. وعلى ذلك فلا يجوز الحكم بموته، وليس لورثته

اقتسام تركتة ما لم يثبت موته بيقين. لكن الشخص إذا سافر بسفينه وثبت غرقها فإنه يحكم بموته وإن لم تظهر جثته، لأن موته فى هذه الظروف هو الظن الغالب، والظن الغالب بمنزلة اليقين فى الأمور العملية غير الاعتقادية .

وهذه القاعدة هى أساس درء العقوبة بالشبهة، طبقا لما يفيده قوله ﷺ : « ادراوا الحدود بالشبهات ولأن يخطىء الإمام فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة ». ومعناه أن براءة المتهم قبل التهمة ثابتة بيقين فيستصحب هذا اليقين إلى أن يرد دليل يفيد قيام التهمة فى حقه وارتكابه للجريمة بيقين أو بظن غالب، وإلا انتفت التهمة فى حقه ولم يحل لأحد أن يفرض عليه عقوبة أو يضيق عليه أو يعذبه أو يهدده بعذاب .

ومن تطبيقات هذه القاعدة أنه إذا هلك المال فى يد الأمين فإنه لا يحكم عليه بالضمان إلا إذا اثبت تعديه فيه، لاستصحاب أمانته والثقة فيه ما لم يتغير ذلك بدليل يثبت تعديه .

٢- الأصل بقاء ما كان على ما كان: تفيد هذه القاعدة وجوب الحكم بدوام الوضع السابق واستمراره على حاله ما لم يرد التغيير. وتعمل هذه القاعدة فى اتجاهين :

أولهما: التعرف على الحاضر من الماضى، وهذا هو المسمى «استصحاب الماضى بالحال» أو الحكم على شيء ببقائه على الحال الذى كان عليه فى الزمن السابق مالم يقم دليل على خلافه. من ذلك أنه إذا ثبتت ملكية محمد لمنزل معين فى الماضى وادعى أحد ملكية هذا المنزل فإنه لا يحكم بثبوت الملكية لهذا المدعى، ونحكم بثبوتها لمحمد فى الحال الحاضر بناء على ثبوتها فى الماضى، إلا إذا وجد دليل يوجب الملكية للمدعى .

والثانى : هو التعرف على الماضى بمعرفتنا للحاضر؛ ولذا فإن

من يثبت ملكيته لشيء الآن يعد مثبتا لهذه الملكية فى الماضى إلا أن يدل الدليل على خلافه، وهذا هو استصحاب الحال فى الماضى، ومعناه اعتبار حالة الشيء فى الحاضر أنها حالته كذلك فى الماضى. لذا فإن المفقود إذا حكم القاضى بموته رجع هذا الحكم إلى وقت غيبته عند الأحناف، حتى لا يرث من مات من أقاربه أثناء هذه الغيبة .

ويتفرع عن هذه القاعدة قاعدة القديم يترك على قدمه· ومفاد هذه القاعدة أن القديم الموافق للشرع يجب أن يترك على حاله الثابت له ما لم يثبت خلافه، لأن بقاء ذلك الشيء مدة طويلة دليل على أنه مستند إلى حق مشروع فيحكم بأحقيته. ولذا فإنه لو حاز أحد أرضا مدة طويلة حيازة مستقرة لم يصح تعرض أحد له ما لم يقم دليل يثبت تعديه فى هذه الحيازة. وهذا هو معنى قول أبى يوسف فى كتابه الخراج : « ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف». وكذا لو كان لأحد نافذة قديمة تطل على جاره لم يجب عليه إغلاقها. ولو كان لشخص مسيل لصرف الماء يمر من أرض جاره، وطلب الجار إغلاقه وتحويل الصرف إلى مكان آخر لم يجب إلى طلبه. غير أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها بل تتقيد بالقاعدة التالية

٣- الضرر لا يكون قديماً: تفيد هذه القاعدة أن الضرر الحادث لا يحكم باستدامته وبقائه لمجرد وجوده فى الماضى ؛ فلو كان لشخص ميزاب على الشارع العمومى ويلقى هذا الميزاب بمياهه فى هذا الشارع، ويتضرر الناس من ذلك ويعطل انتفاعهم بالمرور فى الشارع فإنه يحق منع هذا الضرر. وكذا لو أطل شخص على الطريق ببروز يضر بالناس ويؤثر فى انتفاعهم به ومرورهم فيه جاز هدمه، ولا يستند إلى بقائه مدة طويلة فى الماضى. ومنه كذلك لو أقام أحد الناس مصنعا فى منطقة فبنى الناس فيها وتكاثروا حول المصنع وازدحمت المنطقة بهم،

وأصبح وجود المصنع فى هذه المنطقة يهدد الناس فى حياتهم وصحتهم ويؤثر على أنشطتهم المختلفة وجب نقل المصنع من هذه المنطقة، ولا يلتفت إلى وجوده فيها مدة طويلة فى الماضى، لأن الضرر لا يكون قديما .

٤ – **الأصل براءة الذمة**: مفاد هذه القاعدة وجوب الحكم باعتبار ذمة كل شخص بريئة أى غير مشغولة بحق آخر، ولا يثبت شغل الذمة بحق من حقوق الله أو العباد إلا بقيام الدليل على ثبوت هذا الحق .

والذمة فى اللغة بمعنى العهد والأمان، وفى الاصطلاح. وصف يصير به الإنسان أهلا لما له وما عليه .

ومن تطبيقات هذه المادة أنه إذا ادعى أحد على آخر إتلاف مال من أمواله وجب على المدعى تقديم البينة على ما يدعيه، لأن ذمة المدعى عليه بريئة ولا تشغل إلا إذا ثبت شغلها بدليل، وهذا معنى قوله ﷺ: « البينة على المدعى واليمين على من أنكر ». ويعرف المدعى بأنه من طلب خلاف الظاهر وخلاف الأصل، وهذا الأصل هو أن ذمة المدعى عليه بريئة مما يطلبه المدعى .

المحتويات

سعد سمك للنسخ والطباعة
١٨٥ شارع ترعة الجبل حدائق القبة ـ القاهرة